DIE
BÜRGERLICHRECHTLICHEN VORAUSSETZUNGEN
DES
EHEBRUCHS UND DER BIGAMIE.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT

AM 10. FEBRUAR 1906

VON

JOSEPH FÜGER
RECHTSPRAKTIKANT
AUS
MILTENBERG.

ACAD. LIBRARY BIBL.

WÜRZBURG
BUCHDRUCKEREI A. BORST
1906.

Referent: **Professor Dr. Oetker.**

Vorbemerkungen.

Es finden sich wenig Gebiete im Strafrechte, die so innig mit dem zivilen Rechte verwoben sind, wie die Delikte des Ehebruchs und der Bigamie. Das liegt in der Natur der Delikte. Die folgende Darstellung hat sich die nicht uninteressante Aufgabe der Untersuchung der bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen von Ehebruch und Bigamie gesetzt. Die Folge der kurzen Fassung des Ehebruchs-Paragraphen in unserm Reichsstrafgesetzbuch, das eine Definition des Ehebruchs überhaupt nicht gibt, war, dass hier mannigfaltige Streitfragen entstanden. Ist doch schon die prinzipielle Frage, wie die durch Ehebruch verletzbare Ehe beschaffen sein muss, heiss umstritten. Das hat die gewiss nicht erfreuliche Folge, dass unter Umständen das Schicksal eines Beschuldigten lediglich davon abhängen kann, welcher Ansicht jeweils der ausübenden Richter sich anschliesst. Da muss die Wissenschaft unermüdlich forschend und klarstellend eingreifen, eingedenk dessen, dass sie sich nicht Selbstzweck ist, sondern dass es ihre vornehmere Hauptaufgabe ist, für das praktische Leben zu arbeiten. „Es ist schön sich im Äther reiner Erkenntnis zu wiegen; es ist schöner für das Wohl der Menschheit zu arbeiten". [1])

[1]) Windscheid, die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Rektoratsrede) Leipzig 1884 S. 9.

Die Beantwortung mehrerer zivilrechtlicher Vorfragen hat gleichzeitig Bedeutung für beide Delikte. Sie mussten bereits bei der Abhandlung über den Ehebruch erledigt, bei der Bigamie musste zurückverwiesen werden. Ich erwähne hier nur die wichtige Frage, ob das neue, erst durch das bürgerliche Gesetzbuch eingeführte Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ebenso wie die Scheidung eine Auflösung der Ehe bewirkt oder nicht.

Eine Frage von grossem juristischen Interesse ist auch die, ob bei dem Delikte des Ehebruchs die erforderliche vorgängige Scheidung Tatbestandsmoment, Strafbarkeitsbedingung oder Prozessvoraussetzung ist. Eine Abhandlung, die sich lediglich mit der Untersuchung der bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen befasst, konnte jedoch auf eine kritische Würdigung dieser Frage nicht eingehen.

Dass ein kurzer Überblick über die Geschichte und eine Charakterisierung des Wesens der beiden Delikte das Postulat besserer Verständlichkeit der Spezialausführungen ist, braucht kaum betont zu werden, ebensowenig, dass bei der geschichtlichen Darlegung die Betonung der bürgerlichrechtlichen Seiten in den Vordergrund trat.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Vorbemerkungen 3

1. Kapitel.

Die bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen des Ehebruchs.

§ 1. Geschichte, Begriff und Wesen des Ehebruchs 7

A.

§ 2. Beschaffenheit der verletzbaren Ehe, materielle Voraussetzung . 12

§ 3. Möglichkeit des Ehebruchs nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 18

§ 4. Möglichkeit des Ehebruchs nach Todeserklärung 27

B.

§ 5. Die Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs, formelle Voraussetzung 30

2. Kapitel.

Die bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen der Bigamie.

§ 6. Geschichte, Begriff und Wesen der Bigamie 43

§ 7. Eine formell bestehende Ehe, erste Voraussetzung 47

§ 8. Die Eingehung einer neuen Ehe, weitere Voraussetzung . . . 61

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0015

1. Kapitel.

Die bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen des Ehebruchs.

§ 1.

Geschichte, Begriff und Wesen des Ehebruchs.

1. Geschichte.

Dem römischen Recht lag der Gedanke zu Grunde, dass nur die Ehefrau sich eines Ehebruchs schuldig machen könne.[1]) Die Tat galt als Verletzung der Rechte des Ehemannes. Der Beischlaf des verheirateten Mannes mit einer unverheirateten Frauensperson stellte sich nicht als Ehebruch dar. Die Bestrafung der schuldigen Frau sowie des Störers fremder Ehe (temerator alienarum nuptiarum) stand zunächst bei der Familie. Mit dem Erlass der lex Julia de adulteriis coercendis vom Jahre 736 a. n. wurde der Ehebruch als Verbrechen mit öffentlicher Strafe belegt.[2]) Dabei war es gleichgültig, ob es sich

[1]) Diese Anschauung ist aus der hausherrlichen Gewalt des Mannes zu erklären. Der Gedanke an die perturbatio sanguinis, nach welchem insbesondere neuerdings viele wenigstens eine strengere Strafwürdigkeit der Frau verlangen, mag m. E. schon damals mitbestimmend gewesen sein.

[2]) l. 12 D. ad leg. Jul. 48, 5.

um eine wahre oder nur um eine putative Ehe handelte.[1]) Augustus schützte aber nicht nur die gültigen Ehen, sondern neben den ungültigen sogar das Konkubinat vor Treubruch. Wollte der Mann — nach der lex Julia stand das Anklagerecht jedermann zu — seine Frau wegen Ehebruchs in Anklagezustand versetzen, so musste er sich erst vorher von ihr scheiden lassen; ebenso, wenn er gegen den temerator alienarum nuptiarum Anklage erheben wollte.[2])

Während seit dem 3. Jahrhundert der Ehebruch nicht selten mit dem Tode bestraft wurde, traf nach justinianischem Recht den Ehebrecher die Schwertstrafe, die Ehebrecherin kam ins Kloster, aus welchem sie ihr Gatte nach zwei Jahren befreien konnte (Nov. 134)[3]). Aber am Begriffe und Tatbestand des Ehebruchs wurde durch Justinian nichts geändert.

Anders nach kanonischem Recht. Nach christlicher Anschauung ist die Ehe ein Sakrament, der Ehebruch Sünde gegen das göttliche Gebot. Dementsprechend waren Mann und Frau strafbar, auch der Unverheiratete, der sich mit einem Ehegatten verging c. 23 C. 32 q 5.

Auch nach germanischer Rechtsanschauung kann wie nach römischem Rechte nur die Ehefrau Ehebruch begehen. — Nach burgundischem, longobardischem und westgotischem Rechte wurde auch der Geschlechtsverkehr der Braut mit einem anderen als ihrem Verlobten bestraft. Aller Wahrscheinlichkeit nach hält noch der Sachsenspiegel (Buch 2 Art. 13), ganz bestimmt aber der Schwabenspiegel an der alleinigen Strafbarkeit der Frau fest.[4]) Ähnlich noch die Bambergensis Art. 145.

---

[1]) Unter Severus wurde auch die Braut als Subjekt des Ehebruchs betrachtet. l. 13 § 3 D. ad leg. Jul. 48, 5.

[2]) Siehe Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrecht I S. 114.

[3]) l. 30 § 2 C. ad leg. Jul. IX 9, Auth. zu l. 30c. L. t. Nov. 134 c. 10.

[4]) Ob ieman bi eins mannes wibe lit der uberhuerer und die uber huererin. diu beidiu sampt sind dez Todes schuldig. ob si fuer das weltlich gerihte komment, so soll man in daz hovet abe slaten.

Die Carolina stellte in Art. 120 den Ehebruch des Mannes und den der Frau gleich.[1]) Sie beschränkte das Verbrechen auf die Verletzung eines ehelichen Verhältnisses. Es schied aus Untreue der Braut und des Bräutigams. Die ungültige Ehe konnte nach ihr durch Ehebruch nicht verletzt werden.[2]) Erst jetzt war der Widerstreit zwischen der Anschauung des kanonischen Rechtes und des weltlichen zu Gunsten des ersteren entschieden.

Im Sinne der Carolina waren auch die sächsischen Konstitutionen abgefasst.[3])

Die naturrechtliche Lehre betrachtete die Ehe als reinen Vertrag, den Ehebruch als Vertragsverletzung und verlangte dementsprechend milde Bestrafung.

Einen wichtigen Schritt in der Entwickelung des Ehebruchsdeliktes tat das allgemeine preussische Landrecht von 1794, insoferne es als Vorbedingung der Bestrafung die Ehescheidung einführte, wohl von dem Gedanken ausgehend, dass eine Bestrafung wegen Ehebruchs mit fortdauernder Ehe nicht vereinbar ist. Th. II Tit 20 § 1061—1064. § 1062 lautet: Wird durch dergleichen Verbrechen eine Ehe wirklich getrennt, so soll der Ehemann, welcher sich dessen mit einer ledigen Weibsperson schuldig gemacht hat, Strafe erleiden. § 1063: Hat aber eine Ehefrau durch den mit einer ledigen Mannsperson getriebenen Ehebruch zur Trennung der Ehe Anlass gegeben, so soll gegen sie Strafe stattfinden.

Im Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten v. 1851 lautet der vom Ehebruch handelnde § 140: Der Ehebruch

---

[1]) Art. 120. Item so eyn ehemann eynen andern umb des ehebruchs willen, den er mit seinem eheweib verbracht hat, peinlich beklagt und des überwindet, der selbig ehebrecher sampt der ehebrecherin sollen nach sage unser vorfarn und unser Keyserlichen rechten gestrafft werden. Item dass es auch gleicherweis in dem fall, so eyn eheweib jren mann oder die person, damit der ehebruch volnbracht hett, beklagen will, gehalten werden soll.

[2]) Wächter a. a O. S. 124.

[3]) IV, 19.

wird, wenn wegen dieses Vergehens die Ehe geschieden wird, . . . bestraft.

Genau über die bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen hat sich insbesondere das Braunschweiger Kriminalgesetzbuch vom Jahre 1840 ausgedrückt. Es verlangte eine „gehörig geschlossene" und noch nicht „förmlich aufgelösete Ehe". Eine Untersuchung wegen Ehebruchs durfte nur stattfinden, wenn wegen desselben die Ehe geschieden worden, bei doppeltem Ehebruch nur gegen den Gatten, dessen Ehe gerichtlich aus diesem Grunde getrennt ist. § 188. Siehe auch § 189.

Auch im Strafgesetzbuch für die thüringischen Staaten von 1850 genügt als Voraussetzung „eine nach den bürgerlichen Gesetzen vollzogene und noch nicht für getrennt oder nichtig erklärte Ehe", wobei ausdrücklich Scheidung von Tisch und Bett einer Trennung der Ehe gleichgesetzt ist, falls das bürgerliche Recht die anderweite Verehelichung der geschiedenen Gatten zulässt. Art. 202; vgl. auch Art. 203 mit 206.

Das Erfordernis der vorgängigen Scheidung hatten insbesondere noch Bayern (Strafgesetzbuch 1861), Lübeck (Strafgesetzbuch 1863), Bremen (im Entwurf von 1868).

Im Gegensatz dazu stand Sachsen (Strafgesetzbuch 1868). Näheres darüber findet sich bei der Erörterung über die Scheidung als zweiter Voraussetzung des Ehebruchs. [1])

2. Begriff und Wesen.

Der die Strafbestimmung über den Ehebruch enthaltende § 172 unseres Reichsstrafgesetzbuches lautet:

„Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein".

Das Gesetz hat somit den Ehebruch nicht definiert, sondern diese Aufgabe der Wissenschaft überlassen.

---

[1]) Siehe Seite 31.

Unter Ehebruch ist zu verstehen „die vorsätzliche Verletzung der Eheordnung durch geschlechtliche Vereinigung eines Ehegatten mit einer dritten Person anderen Geschlechts“. [1])

Verletzt ist die staatliche Institution der Eheordnung, nicht dagegen die eheliche Treuepflicht. [2]) Letzteres geht insbesondere daraus hervor, dass das Gesetz den Dritten, den temerator alienarum nuptiarum übereinstimmend mit der historischen Entwicklung als Täter, nicht bloss als Gehilfen betrachtet. [3])

Die Handlung erfordert die Ausübung des Beischlafes. Vollendet wird der Ehebruch mit Vereinigung der Geschlechtsteile, Samenerguss ist nicht erforderlich. [4])

Jeder andere, noch so verwerfliche, unsittliche Verkehr, insbesondere auch widernatürliche Unzucht mit einer Person desselben Geschlechts ist kein Ehebruch.

Der Dolus verlangt das Bewusstsein des Täters, dass er oder der andere in verletzbarer Ehe sich befindet.

Die erforderliche Beschaffenheit der verletzbaren Ehe, das Erfordernis vorgängiger Scheidung der Ehe wegen des Ehebruchs bilden den Gegenstand der folgenden Darstellung.

Erwähnt sei noch, dass der Ehebruch Antragsdelikt ist. Die Frist zur Antragsstellung beginnt nach der herrschenden Lehre mit der Kenntnis des Antragsberechtigten — antragsberechtigt ist der verletzte Gatte — von der Rechtskraft des Scheidungsurteiles. [5])

Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Tage des Ehebruchs (§ 67 Abs. 4 RStGB), ruht aber bis zum Ende des Scheidungsprozesses (§ 69 RStGB.).

---

[1]) So Oetker, Beilage zur Vorlesung über Strafrecht spez. Teil S. 6.

[2]) So Binding Lehrb. I S. 220.

[3]) So Oetker a. a. O.

[4]) R. 4, 23.

[5]) Vgl. Rechtsprechung **1,** 180, **3,** 182, Entsch. **26,** 116, A. M. Hälschner Lehrb. I. S. 664.

§ 2.

Beschaffenheit der verletzbaren Ehe, materielle Voraussetzung.

1. Die erste und prinzipiellste Frage, welche sich bei der Betrachtung des Ehebruchs von zivilistischem Standpunkte aus entgegenstellt, ist: „Wie muss die Ehe beschaffen sein, damit sie durch Ehebruch verletzt werden kann; kann auch die nichtige und anfechtbare, oder kann nur die gültige Ehe durch Ehebruch verletzt werden?“ Ist diese Frage nach der einen oder anderen Richtung hin entschieden, so ist zugleich die erste bürgerlichrechtliche Voraussetzung des Ehebruchs, die materielle, wie ich sie nenne, festgelegt. Die Frage, ob eine absolut nichtige Ehe gebrochen werden kann, lässt sich in Kürze erledigen. Nach dem doktrinellen Sprachgebrauche liegt eine absolut nichtige Ehe dann vor, wenn bei der Eheschliessung die in § 1317 des bürgerlichen Gesetzbuches vorgeschriebene Form nicht beobachtet und ausserdem die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist (§ 1324 BGB.). Die wesentlichen Formvorschriften des § 1317 BGB. bestehen darin, dass die Verlobten vor einem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe mit einander eingehen zu wollen, und dass der Standesbeamte zur Entgegennahme dieser — weder unter einer Bedingung noch einer Zeitbestimmung abgegebenen — Erklärung bereit ist.

Die Wirkung der Nichtigkeit einer absolut nichtigen Ehe gipfelt nun darin, dass die Ehe als nicht geschlossen angesehen wird. Sie hat keine der Wirkungen einer Ehe, selbst wenn beide Beteiligte sie für eine Ehe gehalten hätten — der Fall der sog. Putativehe. Es besteht keinerlei Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, die Ehegatten können sich ohne Weiteres anderweitig verheiraten. Diese absolute Nichtigkeit ist unheilbar. Zieht man das Facit aus dem Erwähnten, so

lässt sich kurz sagen: Ein Band der Ehe ist nicht zu Stande gekommen. Ein Band aber, das nicht besteht, kann nicht verletzt, eine Ehe, die nicht besteht, nicht gebrochen werden. Daraus ergibt sich, und wird auch ernstlich nicht bestritten, dass eine absolut nichtige Ehe durch Ehebruch nicht verletzt werden kann.

Die weitere Frage, die sich nun aufdrängt, ist die, ob eine relativ nichtige Ehe zum Ehebruch genüge. Relativ nichtig ist nach dem Sprachgebrauche der Wissenschaft diejenige Ehe, deren Nichtigkeit nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann. (§ 1329 BGB.). Mit dieser Frage sind wir mitten in das Gefecht streitender Meinungen geraten. Unter denen, die die Frage bejahen, steht an der Spitze das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 12. April 1886[1]). Das Reichsgericht führt in dieser Entscheidung aus, dass der § 172 RStGB. im Interesse der Ehe, als einer der wichtigsten Grundlagen aller rechtlichen und sozialen Ordnung, jede tatsächliche Ehe solange geschützt wissen wolle, als sie vom massgebenden Zivilrechte[2]) überhaupt als Ehe behandelt werde und zu ihrer Auflösung einer Scheidung oder Nichtigkeitserklärung bedürfe, während Ehebruch nur da ausgeschlossen sei, wo es sich um eine Ehe handle, welche das Zivilrecht[3]) von vornherein als eine rechtlich nicht existierende betrachtet, deren Existenz daher nicht erst der Beseitigung durch ein ehegerichtliches Erkenntnis bedürfe. Das Strafgesetzbuch erfordere eine nach den Gesetzen des Eingehungsortes formgemäss abgeschlossene, und nicht wieder aufgehobene, wenn auch materiell ungültige Ehe.

Aber nicht nur das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung steht auf diesem Standpunkte, man sieht vielmehr, wie auch in der Wissenschaft diese Ansicht Anhänger gefunden hat.

---

[1]) Rechtspr. Bd. 8, 277.

[2]) und [3]) Die Gründe des Urteiles sprechen hier vom Landesrecht. Es handelte sich um eine mit Verletzung des — in Geltung gebliebenen — bayr. Ges. v. 16. April 1868 Art. 33 geschlossene Ehe.

So verlangen insbesondere Oppenhoff[1]) und Rüdorff[2]) nur formellen Abschluss der Ehe. Sie begründen ihre Ansicht damit, dass sie auf die innere Verwandtschaft des Ehebruchsparagraphen mit dem von der Bigamie handelnden § 171 RStGB. hinweisen. Aus dieser inneren Verwandtschaft schliessen sie: die Bigamie verlangt begrifflich nur das formelle Bestehen einer Ehe — das Gesetz sagt: eine Ehe, die noch nicht aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist —; ebenso genügt auch für den Ehebruch ein rechtliches Verhältnis, welches nur durch eine gerichtliche Auflösung oder Nichtigkeitserklärung beseitigt werden kann.

Auch von Schwarze[3]) behauptet, dass der Ehebruch keineswegs eine gültige Ehe voraussetze. Die Pflicht zur ehelichen Treue werde durch die Ungültigkeit der Ehe nicht aufgehoben. Neben der Analogie mit den Bestimmungen der Bigamie verweist er auch auf die Gesetzbücher von Sachsen 261, Thüringen 202, Braunschweig 188.

Auch Wahlberg[4]) verlangt eine gültige Ehe nicht, sondern „nur den Bestand eines ehelichen Verhältnisses, welches eine gerichtliche Auflösung erfordert". Auf demselben Standpunkte stehen ferner Fr. Meyer und Rubo in ihren Kommentaren, Schütze[5]) und Hugo Meyer[6]). Letzterer bemerkt, die Voraussetzung des Ehebruchs im eigentlichen Sinne sollte das Bestehen einer materiell gültigen Ehe sein, woneben aber auch die Verletzung einer nur formell giltigen Ehe durch Ehebruch in gewissem Masse für strafbar erklärt sein könnte. Aber im geltenden Rechte sei es anders, dieses fasse beide neue Fälle unter einer Strafvorschrift zusammen. Die gegenteilige Ansicht, dass nur eine gültige, nicht dagegen eine nur formel,

---

[1]) und [2]) Kommentar, Note 2 zu § 172.

[3]) Kommentar, Note 1 zu § 172 und Holtzendorffs Handbuch Bd. 3, S. 299.

[4]) in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. I, S. 588.

[5]) Lehrbuch S. 325.

[6]) Lehrbuch S. 735.

bestehende Ehe gebrochen werden kann, hat insbesondere in der Wissenschaft eine stattliche Zahl bedeutender Anhänger gefunden. Zunächst zu erwähnen ist Olshausen, der in Note 2 zu § 172 seines Kommentars die Frage in diesem Sinne erledigt. Ferner vertreten diese Ansicht Berner[1]), Binding[2]), Liszt[3]), Hälschner[4]), Geyer[5]), Oetker[6]) und Villnow[7]).

Diese Auffassung ist auch für die richtige zu erachten. Denn mag man den Ehebruch als Verletzung des Rechtes des andern Ehegatten auf eheliche Treue und die ihm entsprechende Treupflicht (so insbesondere Binding und Olshausen), oder mag man ihn als Angriff gegen die staatliche Institution der Ehe ansehen, auf jeden Fall richtet sich dieses Vergehen gegen das ureigenste, innerste Wesen der Ehe; es trifft der Ehebruch nicht die Form der Ehe, sondern er ist die ausgesprochen materielle Verletzung derselben. Wenn nun der Ehebruch Verletzung eines materiellen Rechtes ist, so kann eine nichtige Ehe, die materiell gar keine Ehe ist[8]), nicht gebrochen werden. Denn eine materielle Verletzung eines bloss formell, nicht materiell bestehenden Rechtsverhältnisses ist logisch nicht möglich.

Dazu kommt ein weiteres wichtiges Moment. Wie oben erwähnt, hat sich die gegnerische Ansicht auch darauf berufen, dass ja auch nach § 171 RStGB. zum Tatbestande der Bigamie nicht eine unbedingt gültige Ehe erforderlich sei.

---

[1]) Lehrbuch S. 453.

[2]) Lehrbuch I, S. 220.

[3]) Lehrbuch S. 394.

[4]) Das gemeine deutsche Strafrecht II 470 und Gerichtssaal XXII Seite 441.

[5]) Grundriss II 89.

[6]) Vorlesungsbeilage S. 6.

[7]) Gerichtssaal XXX S. 121.

[8]) Es sei hier hervorgehoben, dass das BGB. auf dem Gedanken beruht, dass eine nichtige Ehe als gar nicht geschlossen gilt. Dies war ausdrücklich erwähnt in § 1252 des ersten Entwurfs.

Aber gerade der Vergleich mit § 171 widerlegt die Gegner. Der § 172 sagt kurz: „der Ehebruch . . . . wird bestraft", definiert also ebensowenig wie § 1565 BGB. den Ehebruch, sondern setzt den Deliktsbegriff als feststehend voraus, indem er unter Ehe zunächst doch nur die regelrechte, also eine gültige Ehe verstehen kann. Ganz anders der von der Bigamie handelnde § 171 RStGB. In diesem hat das Gesetz den Tatbestand des Verbrechens ausdrücklich umschrieben, um zu zeigen, dass hier im Gegensatze zu § 172 auch die nur formell bestehende Ehe als Voraussetzung genüge, und dass § 171 in bewussten Gegensatz zu § 172 gesetzt ist.

Es hat damit das Strafgesetzbuch dokumentiert, dass es in der Doppelehe den Missbrauch der staatlichen Eheschliessungsform, nicht notwendig die Verletzung einer gültigen Ehe, in dem Ehebruch dagegen nur die Verletzung einer gültigen Ehe sieht.

Einen weiteren Grund findet unsere Ansicht in Folgendem. Der § 172 verlangt zur Bestrafung des Ehebruchs, dass wegen desselben die Ehe geschieden ist. Nach § 1329 BGB. ist die Bestimmung einer relativ nichtigen Ehe, dass sie im Wege der Klage für nichtig erklärt wird. Die Auflösung einer solchen Ehe durch Scheidung ist denkbar nur für den Fall, dass die Nichtigkeit während des Scheidungsprozesses unbekannt geblieben ist. Es geht somit auch aus dem Worte des § 172 RStGB. „geschieden" zur Evidenz hervor, dass das Gesetz als Voraussetzung des Ehebruchs nur eine vollgültige Ehe gelten lässt.

Erwägt man diese Gründe, so ist es unverständlich, wenn Hugo Meyer a. a. O. rechtspostulierend als Voraussetzung des Ehebruchs eine materiell gültige Ehe verlangt, andererseits jedoch behauptet, dass das Strafgesetzbuch auf entgegengesetztem Standpunkt stehe. In seinem Rechtspostulate stimme ich mit Meyer überein. Es hinderte auch nichts den Gesetzgeber, diesem Postulate entgegen „im Interesse der Ehe als einer der wichtigsten Grundlagen aller rechtlichen und sozialen Ordnung" auch die nur tatsächliche, also die

nichtige Ehe zu schützen[1]). Aber in richtiger Erkenntnis des Wesens des Ehebruchs hat das Strafgesetzbuch diesen Weg nicht beschritten; dafür fehlt jeglicher Anhaltspunkt.

Die Streitfrage, ob eine den Formvorschriften des § 1317 BGB. zuwider geschlossene, aber in das Heiratsregister eingetragene Ehe Gegenstand eines Ehebruchs sein kann, erledigt sich auf Grund unserer Darstellung ganz einfach dahin, dass sie eben zum Ehebruch nicht genüge. Die Gegner müssen die Frage konsequenter Weise im Hinblick auf § 1329 Abs. 2 BGB. bejahen.

Nun fragt es sich weiter: „Kann auch die anfechtbare Ehe Gegenstand eines Ehebruchs sein"? Um zu einer richtigen Lösung dieser Frage zu kommen, ist es notwendig, das Wesen der anfechtbaren Ehe mit einigen Worten zu charakterisieren. Wie oben erwähnt, wird die nichtige Ehe vom Gesetze so angesehen, als ob sie nicht geschlossen wäre. Das gilt nicht nur für die absolut, sondern auch für die relativ nichtige Ehe. Dies folgt insbesondere daraus, dass das die Nichtigkeit aussprechende Urteil nur deklaratorische Bedeutung hat, und dass, wenn die relativ nichtige Ehe aufgelöst ist, die Nichtigkeit ohne weiteres geltend gemacht werden kann, sowie auch aus den Vorschriften über die Legitimation für die Nichtigkeitsklage.

Die anfechtbare Ehe dagegen äussert, solange die Anfechtung nicht erfolgt ist, sämtliche Wirkungen einer gültigen Ehe[2]). Bis zur erfolgten Nichtigkeitserklärung wird die Ehe als gültig angesehen. Wird die Anfechtung von dem Anfechtungsberechtigten unterlassen, so ist der Mangel geheilt, die Ehe besteht materiell vollgültig. Es kann selbst bei Kenntnis des Anfechtungsgrundes durch das Gericht Scheidung wegen

[1]) So haben es tatsächlich Sachsen 261, Thüringen 202, Braunschweig 188 getan. Hieraus einen Schluss auf unser Strafgesetzbuch zu ziehen, wie Schwarze a. a. O., geht nicht an.

[2]) Motive IV 84: Solange eine anfechtbare Ehe nicht angefochten wird, wird dieselbe als gültig behandelt.

Ehebruchs stattfinden. Es folgt hieraus, dass die anfechtbare, noch nicht für nichtig erklärte Ehe durch Ehebruch verletzt werden kann.

Diesen Standpunkt nimmt auch die herrschende Lehre ein. A. M. ist Villnow a. a. Orte.

§ 3.

Möglichkeit des Ehebruchs nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Ist nun festgestellt, dass Voraussetzung des Ehebruchs eine vollgültige Ehe ist, so entsteht weiter die Frage: „Ist nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Ehebruch möglich oder nicht?" Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Entscheidung der eminent bedeutungsvollen, seit dem kurzen Bestande des bürgerlichen Gesetzbuches schon viel erörterten und behandelten zivilrechtlichen Frage ab, ob die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösung der Ehe bewirkt.

Bejaht wird sie insbesondere von Plank[1]) in Note 2 zu § 1586. Aus der gesetzlichen Bestimmung, dass bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten, schliesst er, dass mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch die Auflösung der Ehe eintritt. In Note 3a zu § 1586 sagt er weiter, die Ehe bleibe dem Bande nach jedoch insoweit bestehen, als dem Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe nach Aufhebung der Gemeinschaft nicht gestattet ist, und in Note 3 zu § 1575 — den Zweck des § 1575 Abs. 1 Satz 2 erläuternd — es solle verhütet werden, dass ein Ehegatte gegen seinen Willen an einem Eheband festgehalten wird, dem der materielle Gehalt der Ehe fehlt.

Cosack[2]) erklärt mit dem Entfallen der Pflicht zur Lebensgemeinschaft die Ehe alles positiven Haltes beraubt

[1]) Plank, bürgerl. Gesetzbuch nebst EG. IV. Band: Familienrecht (erläutert v. K. Unzner).

[2]) Lehrbuch II. Band S. 490.

und hält auch den geschlechtlichen Verkehr des Mannes mit einer unverheirateten Frau für keinen Ehebruch. Nach Endemann[1]) vollzieht sich mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft „die Auflösung der Ehe auch dem rechtlichen Bande nach". Allerdings gibt er zu, dass sich auch die gegnerische Ansicht verteidigen lasse.[2])

Matthiass[3]) nimmt an, dass die Ehe zwar dem Bande nach fortbestehe, dass sich aber das Rechtsverhältnis „in einem Zustande der Hemmung, der Suspension, des Ruhens sich befinde.

Ihm angeschlossen haben sich Th. Olshausen[4]) und Dernburg.[5]) Sehr eingehend mit vorwürfiger Frage beschäftigt sich Seckel[6]) in einer eignen Abhandlung über das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Auch nach ihm bewirkt die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösung der Ehe. Ihm sind gefolgt Oertmann[7]) und Patek.[8])

Weit grösser ist die Zahl der Anhänger der gegenteiligen Ansicht, dass nämlich die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht die Lösung der Ehe bewirke. Mit grösster Gründlichkeit vertritt diesen Standpunkt Engelmann[9]) in Staudingers Kommentar. Dort sind die Vertreter dieser Ansicht ausführlich aufgeführt. Ich verweise auf diese Zusammen-

[1]) Lehrbuch II. Band § 168 Z. 2.

[2]) Lehrbuch II § 168 Anmerkung 13.

[3]) Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Scheidung, Recht 1903 Seite 2 ff.

[4]) Über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 23 S. 149 ff.

[5]) Das bürgerliche Recht, IV. Band § 31 II.

[6]) Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB., Berliner Festgaben für Dernburg S. 351 ff., 373.

[7]) Archiv für bürgerliches Recht Band 18 S. 358.

[8]) Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Rostocker Inaug.-Diss. 1902.

[9]) J. v. Staudinger Kommentar z. BGB., II. Band 2. Aufl. S. 583 f.

stellung, und beschränke mich darauf einige Vertreter herauszugreifen.

So erklärt Achilles,[1]) dass das eheliche Band als solches bei der Aufhebung der Gemeinschaft nicht berührt werde. A. Engelmann[2]) in seinem trefflichen Buche über das bürgerliche Recht hebt hervor, dass die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft „die Ehe selbst" bestehen lasse. Auch nach Lehmann[3]) gilt die Ehe als fortbestehend. Olshausen[4]) erwähnt bei der Kommentierung des Ehebruchs-Paragraphen, dass Ehebruch ferner möglich ist „bei blosser Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach BGB. § 1575, der, wie der Schlusssatz des § 1576 Abs. 1 ergibt, die Wirkung der Auflösung des Ehebandes nicht zukommt".

Sartorius[5]) erklärt: „Die Auflösung der Ehe wird dagegen weder durch ein gerichtliches Erkenntnis auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach BGB. § 1586, noch durch ein gerichtliches Erkenntnis auf Trennung von Tisch und Bett bewirkt."

Auch das Reichsgericht stellt sich in einer Entscheidung vom 30. April 1901[6]) auf diesen Standpunkt. Es tritt dort der Auffassung entgegen, dass die Trennung von Tisch und Bett im wesentlichen dasselbe sei, wie die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Denn „die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gewährt die jederzeitige Möglichkeit, sofort auch die Lösung des Bandes der Ehe zu verlangen".

Auch diese Darstellung vertritt die Ansicht, dass die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht die Auflösung

---

[1]) BGB., 4. Aufl., Vorbem. 2 vor § 1564.

[2]) Das bürgerliche Recht Deutschlands 3. Aufl. S. 669.

[3]) Das bürgerliche Recht v. Enneccerus-Lehmann II. Band, 2. Aufl. § 152 Z. 2.

[4]) Note 2 zu § 172.

[5]) Kommentar zum Personenstandsgesetz in der vom 1. Januar 1900 an geltenden Fassung.

[6]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band 48 S. 148.

der Ehe bewirkt, dass somit — auf das Strafrecht übertragen — geschlechtlicher Verkehr eines Ehegatten mit einer dritten Person andern Geschlechtes nach der Aufhebung sich als Ehebruch qualifiziert.

Einer der sprechendsten Gründe für diese Auffassung ist die den Zweck des erwähnten Institutes vor Augen führende Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

Der Entwurf I zum bürgerlichen Gesetzbuche hatte in § 1440 Abs. 3 die durch das Dogma der katholischen Kirche von der Unauflöslichkeit der Ehe diktierte beständige Trennung von Tisch und Bett des kanonischen Rechts (separatio perpetua quoad thorum et mensam) für unzulässig erklärt, beim Vorliegen eines relativen Scheidungsgrundes jedoch die zeitweilige Trennung zugelassen (M. IV 562 ff, 579 ff, ZG [1]) 304, 316 ff, IV 624 ff, 26 a). Während nun die zweite Kommission sowohl die beständige als auch die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett beseitigte, erklärte die Reichstagskommission die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft für zulässig. Ein bei der dritten Beratung des Gesetzentwurfes vom Abgeordneten Dr. Vielhaben gestellter Antrag auf Beseitigung der diesbezüglichen Vorschriften wurde, nachdem sich Abgeordneter Enneccerus für Beibehaltung ausgesprochen hatte, abgelehnt (RTK. 212 ff, StG [2]) 887).

Ebenso wie der in der zweiten Kommission gestellte Antrag geschah auch der in der Reichstagskommission gestellte im Interesse des katholischen Teiles der Bevölkerung.

Nach katholischer Lehre ist eine Trennung des ehelichen Bandes unzulässig, nicht dagegen eine Trennung des ehelichen Zusammenlebens. Um nun den an dieses Dogma sich haltenden gläubigen Katholiken eine Möglichkeit zu geben, ohne Konflikt mit ihrem Gewissen, einem unerträglich gewordenen ehelichen Verhältnisse sich zu entschlagen, wurde der Antrag

[1]) ZG = Zusammenstellung der gutachtl. Äusserungen zu dem Entw. eines BGB.

[2]) StB = stenographische Berichte des Reichstags.

auf Vergesetzlichung des Institutes der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gestellt.

Seckel[1]) bestätigt, dass man mit diesem Institute den Wünschen der Katholiken entgegenkommen wollte, bestreitet aber, dass dieses Entgegenkommen soweit ging, eine Trennung ohne Lösung des Bandes aufzunehmen. Wie kann man aber von einem Entgegenkommen und einer Konzession an die Katholiken sprechen, wenn etwas gewährt wird, was weder den Wünschen noch den Interessen der Katholiken entspricht? Was nützt denn den Katholiken, in deren Interesse nun einmal das Institut geschaffen wurde, ein Institut, das die Ehe auflöst, und das, wenn sie gegen das Dogma ihrer Kirche nicht verstossen wollen, von ihnen nicht verwendet werden kann? Es geht vielmehr schon aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hervor, dass mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Auflösung der Ehe nicht bewirkt wird.

Dieser Ansicht kommt auch die Terminologie des Gesetzes zustatten. Wenn die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleich der Scheidung eine Auflösung der Ehe bedeuten sollte, dann fragt es sich: „Warum wird bei der Benennung des Institutes die Aufhebung nur einer der Rechtsfolgen der Ehe, die notwendig bei einer Auflösung mitinbegriffen wäre, für sich allein aber keinen Anhaltspunkt für eine Auflösung bietet, hervorzuheben? Weshalb die scharfe begriffliche Gegenüberstellung von Scheidung und Aufhebung? Nirgends im Gesetze findet sich ein Wort von „Auflösung der Ehe durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft".

Ein weiteres Argument bietet der § 55 des Personenstandsgesetzes (in der durch Art. 46 II des Einf.-Ges. z. BGB. erhaltenen Fassung). Hier ist die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in direkten Gegensatz zur Auflösung der Ehe gestellt, was der Bericht der Reichstagskommission als eine

[1]) a. a. O. S. 360, auch Binding Lehrb. I § 58.

Folge aus den Beschlüssen der Kommission zu 1557 (jetzigen § 1575) BGB. bezeichnet. (RTK. 332, s. auch 300)[1]).

Es sei hier auch der § 646 Abs. 1 der Zivilprozessordnung erwähnt. Dieser die Antragsberechtigung im Entmündigungsverfahren regelnde Paragraph spricht in Satz 3 des Abs. 1 von der „Ehefrau", nachdem die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Wie Engelmann Bemerkung II 2c zu § 1586 mit Recht hervorhebt, kann allerdings diesem Argumente allein desshalb kein besonderer Anspruch auf Beweiswert eingeräumt werden, weil die Novelle zur ZPO. bei Streichung des früheren § 17 ZPO. vom gegenteiligen Standpunkte ausgegangen zu sein scheint, und weil auch die Materialien eines anderen Gesetzes für die Auslegung des BGB. nur mit grosser Vorsicht verwertbar sind.

Weitere und neben der Entstehungsgeschichte für unsere Ansicht ausschlaggebende Gründe liegen in den §§ 1586 und 1587 BGB.

Der § 1586 BGB. bestimmt, dass mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten; dagegen schliesst er ausdrücklich die Eingehung einer neuen Ehe aus. Es muss also auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft etwas bestehen, was eine derartig einschneidende, der Scheidung unbekannte Bindung erzeugt. Das ist eben nichts anderes als die noch bestehende Ehe, die trotz der Aufhebung ihre rechtliche Existenz weiter führt, kurz, die nicht aufgelöst worden ist. Ein gelöstes Band kann keine Bindung mehr erzeugen. Dieser ebenso selbstverständlichen wie zwingenden Logik gegenüber behauptet Seckel S. 375, in Hinsicht auf die Eingehung einer neuen Ehe bestehe die Ehe nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unaufgelöst fort, in gedachter Hinsicht gälten die

[1]) Seckel a. a. O. S. 359 meint, beide Begriffe seien mit Rücksicht auf den Zweck des § 55 PStG. einander gegenübergestellt worden wegen der aus § 1586 sich ergebenden charakteristischen Unterschiede zwischen Scheidung und Aufhebung.

Ehegatten als verheiratet[1]). An anderer Stelle[2]) sagt er, nicht „das" Band besteht weiter, sondern „ein" Band. Es sei Seckel unbenommen, sich die Ehe als eine Summe verschiedener Bänder zu denken, aber soviel ist sicher, es gibt keinen Schnitt, der die Ehe auflöst, ohne zugleich auch sämtliche Teilbänder zu zerschneiden. Das Institut der Ehe ist eben einheitlich und unteilbar.

Es besteht aber auch gar kein Grund, die Formulierung der diesbezüglichen Bestimmungen übereilt und mangelhaft zu nennen (so Engelmann[3]). Wenn § 1586 BGB. eingangs sagt, dass die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten, so meint er eben die im 7. Titel geregelten spezifischen Wirkungen der Scheidung. Unter diese fällt die Auflösung der Ehe nicht. Dass die Scheidung die Ehe auflöst, ist in ihrem Wesen mit Notwendigkeit begründet. Dies muss aber nicht für die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der Fall sein. Die Bestimmung am Kopfe des 7. Titels in § 1564 BGB., dass die Auflösung der Ehe mit der Rechtskraft des Scheidungsurteiles eintritt, hat lediglich den Zweck, den Zeitpunkt der Auflösung festzustellen. Anders und im Vergleiche dazu interessant ist der § 1767 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches vom Jahre 1863, in dem bestimmt ist, dass die Trennung von Tisch und Bette auf Lebenszeit alle Wirkungen einer Scheidung der Ehe haben, und dass kein Teil während des Lebens des andern eine anderweite Ehe eingehen kann.

Geht nun ein Ehegatte nach aufgehobener ehelicher Gemeinschaft eine neue Ehe ein, so ist diese neue Ehe gemäss §§ 1309, 1326 BGB. nichtig, er selbst wegen Bigamie nach § 171 RStGB. strafbar. Das gibt Seckel zu, indem er es aus seiner „Bändertheorie" heraus zu erklären sucht.

---

[1]) Demnach könnte jemand zu gleicher Zeit verheiratet und nicht verheiratet sein.

[2]) a. a. O. S. 352.

[3]) In Staudingers Kommentar zu 1586 II 2a.

Der § 1586 bietet aber in Satz 2 noch einen weiteren Beleg für unsere Ansicht. Es heisst hier, dass die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe Anwendung finden, wie wenn das Aufhebungsurteil nicht ergangen wäre. Es kann daher die Ehe angefochten und nichtig erklärt werden; also auch hier eine Behandlung gleich der nicht aufgelösten Ehe.

Ein letztes Argument für unsere Ansicht gibt der § 1587 BGB. ab, der bestimmt, dass dann, wenn die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wieder hergestellt ist, die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen wegfallen. Es kann also ohne jede Förmlichkeit der Ehe ihr voller Gehalt wieder gegeben werden. Es ist erforderlich hiezu der auf Wiederherstellung gerichtete Wille, ausserdem aber auch die entsprechende Willensbetätigung. Eine Ehe kann aber nach dem bürgerlichen Gesetzbuch nur in der Form des § 1317 eingegangen werden. Eine ohne Beobachtung dieser Vorschriften abgeschlossene Ehe ist keine Ehe. Der § 1587 begnügt sich nun mit der dem § 1317 diametral gegenüberstehenden Formlosigkeit. Es kann demnach eine Auflösung der Ehe nicht vorausgegangen sein, denn sonst müsste auch die Wiederherstellung den Formen des § 1317 entsprechen. Seckel, der auch hier mit dem „einen" Bande operiert, meint, das Gesetz könnte ja auch z. B. die Wiederverheiratung Geschiedener durch formlose oder weniger formelle Neuschliessung der Ehe erleichtern. Dem kann man nur erwidern, dass das Gesetz schliesslich jeder Logik und jeder rechtlichen Denkungsweise zuwiderlaufende Bestimmungen treffen kann, normaliter wird man das von einem Gesetze nicht annehmen, am allerwenigsten ist dies in unserem Falle geschehen.

Wie das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, das einem in letzter Stunde gestellten Antrag seine Aufnahme verdankt, nun einmal beschaffen ist, so wird es auf beiden Seiten, welcher Ansicht man huldigen mag, praktische Inkonsequenzen und Unbequemlichkeiten erzeugen können. Sie können bei Begründung der jeweils gegnerischen Ansicht nicht entscheidend ins Treffen geführt werden.

Ist festgestellt, dass die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Auflösung der Ehe nicht bedeutet, sondern dass diese ihr rechtliches Dasein weiter führt, so ist damit auch entschieden, dass nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft recht wohl ein Ehebruch begangen werden kann. Allerdings hat es jeder Ehegatte in der Hand, durch einfachen Antrag das Aufhebungsurteil in ein Scheidungsurteil umwandeln zu lassen. (§ 1575 Abs. 2 BGB.). Es könnte infolgedessen eine Bestrafung nach § 172 RStGB. nicht eintreten, weil § 172 Scheidung wegen desjenigen Ehebruchs verlangt, welcher Gegenstand der Strafverfolgung bildet, die Scheidung aber in diesem Falle auf Grund des früheren Aufhebungsurteiles erfolgt ist. Wohl aber kann dann Bestrafung aus § 172 RStGB. eintreten, wenn nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Wiederherstellung derselben erfolgt ist, und nun auf Grund eines nach Aufhebung begangenen Ehebruchs die Ehe geschieden wird. So insbesondere Olshausen[1]). Andrer Ansicht ist Frank[2]), Binding[3]) (die Aufhebung „hebt das Eheband vollständig auf mit Ausnahme des einen Stückes, dass die seitherigen Gatten eine neue Ehe nicht eingehen können; sie beseitigt daher auch die Voraussetzungen des Ehebruchs"). auch Liszt[4]) („bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft entfällt mit der Treupflicht die Möglichkeit des Ehebruchs").

Anschliessend möchte ich noch zu einem Einwurfe, der vielfach erhoben wird, Stellung nehmen. Er geht darauf hinaus, dass es doch eine Unbilligkeit sei, wenn der Ehegatte, der in der durch die Aufhebung bedingten Art und Weise von seinem Gatten getrennt sei, durch den § 172 zu

---

[1]) Kommentar Note 2 zu § 172; Oetker S. 7. Vgl. auch T. Olshausen, über die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nach BGB. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 23 S. 159ff, Friedberg, Lehrbuch des Kirchenrechts. S. 477, Anm. 52.

[2]) Kommentar Note 1 zu § 172.

[3]) Lehrbuch I, S. 220.

[4]) Lehrbuch S. 394.

geschlechtlicher Enthaltsamkeit verpflichtet sei. Dem gegenüber ist zu erwidern, dass es ja jeder in der Hand hat, falls ihm dieser Umstand misslich sein sollte, die Aufhebung in eine Scheidung zu verwandeln. Macht der Katholik davon keinen Gebrauch, und bringt er seinem Bekenntnisse dieses Opfer, nun gut, so muss er auch die Folgen dieses Opfers tragen; er kann darin keine Unbilligkeit erblicken, da ihm ja auch seine Religion den ausserehelichen Geschlechtsverkehr als unsittlich zur Sünde anrechnet.

Es erübrigt sich noch, anhangsweise zu bemerken, dass nach Fällung des Urteiles, das die Ehe auflöst oder auf Anfechtung hin die Nichtigkeit der Ehe ausspricht, bis zur Rechtskraft des Urteils Ehebruch möglich ist. Rechtzeitige Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder Einspruchs hemmt die Rechtskraft. Wird das eingelegte Rechtsmittel oder der Einspruch als unzulässig verworfen (§§ 535, 566, 574, 341 ZPO.), so ist Ehebruch nur bis zum Ablauf der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist möglich. Wird auf das zulässige Rechtsmittel oder den zulässigen Einspruch verzichtet (§§ 514, 566, 346 ZPO.), so ist von dem Zeitpunkte des Verzichtes ab Ehebruch ausgeschlossen. Geschieht der Verzicht schon vor Fällung des Urteiles, so tritt mit Verkündung des Urteiles die Rechtskraft ein, ein Ehebruch ist mithin nach Verkündung ausgeschlossen. Natürlich ist das Verhältnis anders, wenn der Gegner seinerseits auf die Rechtsmittel der Berufung und Revision nicht verzichtet, sondern tatsächlich eines der Rechtsmittel eingelegt hat oder sie noch einlegen kann (§ 521 Abs. 1 ZPO.).

§ 4.

Möglichkeit des Ehebruchs nach Todeserklärung.

Es soll hier die Frage erörtert werden, ob ein Ehegatte, wenn der andere gemäss § 18 des bürgerlichen Gesetzbuches für tot erklärt worden ist, durch anderweitigen Beischlaf Ehe-

bruch begehen kann. Man muss sich dabei darüber klar werden, welche Wirkung die Todeserklärung auf den Bestand der Ehe hat.

Die Beantwortung der letzteren Frage wird jeweils in den einzelnen Rechten von der Auffassung über das Wesen der Ehe diktiert sein. Sie musste sich z. B. anders nach römischem Recht, wo die Ehe als ein nicht gerade schwer löslicher Vertrag galt, als nach kanonischem Recht, nach welchem die Ehe als ein Sakrament aufgefasst wurde, beantworten. Bis zum Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches hatten gemeines und partikulares Recht die verschiedenartigste Stellung dazu eingenommen.

Der Zweck der Todeserklärung ist, die rechtlichen Verhältnisse einer Person, die „lange Zeit ohne alle Kunde über ihr Leben oder ihren Tod abwesend“ [1]) ist, dem des wirklich Verstorbenen ähnlich zu gestalten.

Der § 18 BGB. begründet die Vermutung, dass der Verschollene in dem Zeitpunkte gestorben sei, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteil festgestellt ist. Wie steht es nun mit der Ehe? Darüber gibt uns die Entstehungsgeschichte des BGB. Aufschluss. Der erste Entwurf § 123 Abs. 1 hatte folgende Bestimmung: „Ist einer der Ehegatten für tot erklärt, so gilt die Vermutung, dass derselbe den Zeitpunkt der Erlassung der Todeserklärung nicht überlebt habe, auch in Ansehung der Ehe.“ Diese Bestimmung wurde jedoch bei den Beratungen in der zweiten Kommission gestrichen und zwar als selbstverständlich. [1])

Es „gilt“ somit die Ehe in dem durch das Ausschlussurteil bestimmten Zeitpunkte als aufgelöst; das ist eine praesumtio juris, die dadurch widerlegt werden kann, dass bestimmte Nachrichten über das Leben des für tot Erklärten bekannt geworden sind. Also die Todeserklärung löst die Ehe nicht auf. Kehrt der für tot Erklärte zurück, so lebt, — ist der andere Gatte nicht wieder verheiratet —, die Ehe

[1]) Protokolle IV, 23.

wieder vollständig auf, ohne dass es irgend welcher Förmlichkeiten oder gar der Formvorschriften des § 1317 BGB. bedürfte.

Bleibt somit trotz erfolgter Todeserklärung die Ehe bestehen, so ist auch klar, dass an sich der Beischlaf des zurückgebliebenen Gatten mit einer dritten Person andern Geschlechtes als Ehebruch zu betrachten ist, und zwar ohne jegliches Bedenken, wenn der zurückgebliebene Gatte zufällig von dem Fortleben des für tot Erklärten positive Kenntnis hat. Aber auch dann, wenn keine Nachricht über den Verstorbenen vorhanden ist, muss im erwähnten Falle Bestrafung aus § 172 eintreten. Die Vermutung des bürgerlichen Rechts kann keine Wirkung auf das Strafrecht äussern. Das widerspräche der Aufgabe des Strafprozesses, materielle Wahrheit zu schaffen; der Strafrichter braucht Gewissheit. Die Straflosigkeit des Geschlechtsverkehres in unserm Falle widerspräche auch den gewichtigen, schon öfter betonten Interessen des Staates an der Aufrechterhaltung des Eheinstituts, weil doch mit Rückkunft des für tot Erklärten die Ehe in vollem Umfange wieder auflebt. Ergibt sich allerdings, dass der Verschollene zur Zeit des geschlechtlichen Verkehres seines früheren Gatten tatsächlich gestorben war, dann kann natürlich eine Bestrafung nicht eintreten.

Humanen und zeitgemässen Erwägungen der Billigkeit entsprechend hat aber das bürgerliche Gesetzbuch eine dauernde Kettung des zurückgebliebenen Gatten an seine Ehe mit dem Verschollenen dadurch hintangehalten, dass es ersterem gestattet, selbst mit dem Risiko, dass letzterer noch am Leben ist, nach erfolgter Todeserklärung eine neue Ehe einzugehen. Die Bestimmungen darüber finden sich in § 1348 BGB. Hier spielen nun Schlechtgläubigkeit und Gutgläubigkeit eine grosse Rolle. Ist die neue Ehe eingegangen und hatte bei Eingehung wenigstens der eine Gatte keine Kenntnis davon, dass der Verschollene die Todeserklärung tatsächlich überlebt hat, so ist die neue Ehe gültig und die frühere wird nach Abs. 2 Satz 1 des § 1348 aufgelöst. Der andere

Gatte, der tatsächlich wusste, dass der Verschollene die Todeserklärung überlebt und vielleicht jetzt noch lebt, kann sich durch Beischlaf in der neuen — eben gültigen — Ehe eines Ehebruchs nicht schuldig machen. Haben dagegen beide Gatten bei Eingehung der Ehe von dem Überleben der Todeserklärung positive Kenntnis gehabt, so ist die neue Ehe nichtig und wie Abs. 2 Satz 1 des § 1348 BGB. zu verstehen ist, wird die alte Ehe nicht aufgelöst. An sich würden nun die neuen Gatten durch Ausübung des Beischlafes Ehebruch begehen können — nach der oben dargelegten Ansicht natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die erste Ehe gültig bezw. nur anfechtbar ist — aber dieser Ehebruch kann strafrechtlich desshalb nicht in Betracht kommen, da er durch die Bigamie konsumiert wird[1]). Damit ist auch allgemein zum Ausdruck gebracht, dass der Geschlechtsverkehr in der Doppelehe durch die Bigamie konsumiert wird.

§ 5.

Die Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs, formelle Voraussetzung.

Mit der Verletzung einer gültigen bezw. anfechtbaren Ehe durch Beischlaf sind aber die bürgerlichrechtlichen Vor-

[1]) Der Ansicht Olshausens in Note 2 zu § 172, dass, eine verletzbare Ehe vorausgesetzt Realkonkurrenz von Bigamie und Ehebruch stattfinde, ist nicht beizupflichten. Es ist ja nach § 171 RStGB. die Bigamie als Verletzung der staatlichen Form der Eheschliessung aufzufassen, die Beischlafsvollziehung wird begrifflich nicht vorausgesetzt, es wird vielmehr mit Vollziehung der Eheschliessungsform das Verbrechen vollendet. Der Staat meldet eben hier schon seine gewichtigen Interessen an, setzt aber gleich in der Erkenntnis, dass die Beischlafsvollziehung die regelmässige und naturgemässe Begleiterscheinung der Bigamie ist, einen dementsprechend sehr scharfen Strafrahmen (vergl. dagegen das japanische Recht, welches die Bigamie als Vergehen mit 6 Monaten bis 3 Jahren Gefängnis und Geldstrafe von 10—50 Yens bestraft) fest. Der gleichen Ansicht sind Binding Lehrbuch I § 59 am Ende, Oetker, Beilage zur Vorlesung über Strafrecht spez. Teil S. 16.

aussetzungen des Ehebruchs noch nicht erschöpft. Vielmehr bildet eine weitere Voraussetzung, die ich als die formelle[1]) bezeichne, dass die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden ist. Gerade umgekehrt hatte früher das sächsische bürgerliche Gesetzbuch in §§ 1716 und 1717 die Bestimmung, dass die kriminelle Untersuchung und Bestrafung des Ehebruchs dem Scheidungsprozesse vorauszugehen habe. Ähnlich war es in der altenb. Eheordnung §§ 197, 198, und im schwarz.-sonderh. Ehescheidungsgesetz § 8. Man betrachtete den Ehebruch als ein Delikt, dessen Bestrafung unabhängig von der Scheidung der Ehe sei. Eine Verfolgung war jedoch nur auf Antrag des Verletzten möglich. Das Eigentümliche dabei war, dass der Verletzte es in der Hand hatte, auch nach Bestrafung seines Ehegatten wegen Ehebruchs die Ehe mit ihm fortzusetzen, ohne dass letzterer sich dagegen wehren konnte. Dagegen konnte der Verletzte auf Grund der Bestrafung die Ehescheidung fordern.

[1]) Damit habe ich dokumentiert, dass ich das Scheidungserfordernis als Prozessvoraussetzung betrachte. Es spricht dafür u. a. insbesondere die historische Entwicklung des Deliktes und die Entstehungsgeschichte des § 172 RStGB ; ferner auch die in den R.-G.-Entsch. Bd. 7 S. 298, Bd. 15 S. 122 fgde., Bd. 22 S. 137 eingehend erörterte ratio legis: „Mit Rücksichtnahme auf die sittliche Würde und Erhaltung der Ehe einen Aufschub für das Eingreifen der Staatsgewalt zur Verwirklichung der Strafe“ zu schaffen. Auf diesem Standpunkte stehen auch Binding, Hdbch. d. Strafr. **1**, 601, Grundriss **1**, 222; Hälschner H. G. Strafr. **2**, 472, Frank. Com. Nr. III zu 172; Oetker, Beilage zur Vorles. (die Scheidung „gehöre als Bedingung der Strafklagbefugnis zu den Prozessvoraussetzungen“); Olshausen Nr. 6 zu 173; Rsch G. S. **36**, 252; v. Kries ZfRW. **5**, 12. Eine andere Ansicht fasst die Scheidung als Teil des Tatbestandes auf. So insbes. Berner Lehrb. S. 453 und Rüd-Stengl. Nr. 172. Von Liszt Lehrb. § 116 fasst sie als Bedingung der Strafbarkeit auf, ebenso Binding Normen II S. 464. Stein in Privates Wissen S. 126 Nr. 55 äussert sich dahin, es sei Prozessvoraussetzung, dass die Ehe wegen Ehebruchs geschieden sei, dagegen Strafbarkeitsbedingung, dass sie wegen des konkreten Ehebruchs geschieden sei.

Auf eine kritische Würdigung dieser Ansichten kann aus früher in der Einleitung erwähnten Gründen nicht eingegangen werden.

Andere Staaten, darunter insbes. Preussen verlangten, dass die Scheidung der Ehe dem kriminellen Verfahren voranzugehen habe; war die Ehe aber geschieden, dann wurde der Ehebruch ex officio kriminell verfolgt. Dabei hatte aber der Verletzte das Recht, durch seinen Widerspruch das weitere Verfahren zu hindern, wodurch er den Täter vor Bestrafung sichern konnte.

Auch das Reichsstrafgesetzbuch bestimmt in § 172, dass die Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs der Bestrafung voranzugehen habe, wenngleich eine Verfolgung ex officio nicht stattfindet. DerGrund für das Erfordernis der Scheidung ist insbesondere in zwei Reichsgerichtsentscheidungen zutreffend erörtert. In dem Urteil des I. Strafsen. vom 23. März 1880 (Entsch. d. R. in Strafs. 2 Bd. S. 61) heisst es: „Es wurde die Bestrafung des Ehebruchs eines Ehegatten als mit dem Wesen der letzteren nicht vereinbar erachtet und es wollte im Interesse der Erhaltung der Ehe der Weg der Versöhnung solange als möglich offen gehalten werden. Erst mit der Ehescheidung fallen diese Rücksichten weg". Ferner wird in der Entscheidung des II. Strafsen. vom 28. Dez. 1886 (Entsch. d. R. in Strafs. 7. Bd. S. 298) davon gesprochen, „der Beschränkung des § 172 liege offenbar der legislatorische Gedanke zu Grunde, dass die Strafgewalt des Staates innerhalb gewisser Grenzen vor den Rücksichten auf die sittliche Würde und Erhaltung der Ehe zurücktreten müsse."

Unter Scheidung versteht § 172 die rechtliche Trennung der Ehegatten. Ein tatsächlich erfolgtes Aufgeben aller ehelichen Beziehungen genügt natürlich nicht. Die Ehe muss durch den Richter geschieden sein.

Nach § 1564 Satz 2 BGB. erfolgt die Scheidung der Ehe durch Urteil, nicht z. B. durch den Ausspruch des Standesbeamten [1]). Ausgeschlossen ist auch das früher in

[1]) So im Gebiete des französ. Rechtes nach cod. civ. art. 246 ff. Diese Bestimmung wurde für die bayer. Pfalz durch das Gesetz z. Ausf. der ZPO. und KO. vom 23. Februar 1879 Art. 188 beseitigt.

einigen Teilen Deutschlands bestehende Recht des Landesherrn, Ehen seiner Untertanen nach freiem Willen zu scheiden [1]).

Ausser Betracht kommt auch eine Auflösung der Ehe, welche nach ausländischen Gesetzen vielleicht auf Grund gegenseitiger Einwilligung der Ehegatten mit oder ohne Autorisation des Gerichtes sich vollzieht.

Hier ist auch das internationale Privatrecht zu erwähnen. In Art. 17 EG. z. BGB. ist bestimmt, dass für die Scheidung der Ehe, die Gesetze desjenigen Staates massgebend sind, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört. In Art. 17 ist weiter bestimmt, dass auf Scheidung sowie auf Aufhebung der ehel. Gemeinschaft auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur dann erkannt werden kann, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde. Dies ist besonders wichtig gegenüber Österreich, das bei seinem konfessionell verschiedenen Ehescheidungsrechte die Ehetrennung (= unserer Scheidung) dann nicht gestattet, wenn auch nur ein Gatte katholisch ist (§ 111 a, b GB., § 9 Ges. v. 16. Febr. 1883). Hat sich der Gatte einer solchen Ehe eines Ehebruchs schuldig gemacht, so kann bei uns nach Art 17 Abt. 4 EG. z. BGB. eine Scheidung gegen ihn nicht ausgesprochen werden, es kann auch nicht zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kommen. Das Wort „Scheidung" am Schlusse des Abs. 4 in dem allgemein gebrauchten Sinne des Abs. 1 von Art. 17 EG. z. BGB. zu verstehen (so v. Keidel, Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd. VII, S. 243), ist nach der Fassung des Abs. 4, wo vorher neben der Scheidung ausdrücklich die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft genannt ist, irrig. Mit der Unmöglichkeit der Scheidung bezw. Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist in unserem Falle auch die Unmöglichkeit der Verfolgung wegen Ehebruchs gegeben.

---

[1]) So in Kurhessen, Schleswig-Holstein, Hannover, Meklenburg.

Die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des Scheidungsurteiles ein (§ 1564 Satz 3 BGB.) Das Scheidungsurteil hat demnach konstitutiven, nicht deklaratorischen Charakter. Auch nach Erlassung des Scheidungsurteils besteht die Ehe fort, bis das Urteil die Rechtskraft beschritten hat (§ 705 ZPO.). Erst mit dieser treten die rechtlichen Wirkungen der Scheidung ein, und erst jetzt kann aus § 172 RStGB. bestraft werden[1]).

Die Ehe muss wegen Ehebruchs geschieden sein. Die Scheidung aus irgend welchen anderen Gründen, absoluten oder relativen, schliesst die Anwendung des § 172 aus. Hat sich der Ehegatte eines sittlich noch so verwerflichen unzüchtigen Verkehrs mit einer dritten Person, nicht aber des Beischlafs schuldig gemacht, und ist die Ehe wegen ersterer geschieden, so kann eine Verfolgung nicht stattfinden. Nach § 1573 BGB. dürfen Tatsachen, auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht werden. Hat nun ein Ehegatte einen Ehebruch begangen, der wegen Verzeihung (§ 1570 BGB.) oder wegen Zeitablaufs (§§ 1571, 1572 BGB.) nicht mehr die Kraft eines selbständigen Scheidungsgrundes besitzt, in Verbindung mit anderen Tatsachen aber zur Scheidung der Ehe aus § 1586 führt, so ist Scheidung, da ja nicht wegen Ehebruchs geschieden — obwohl der Ehebruch dem Urteile mit zu Grunde gelegt ist — nicht die von § 172 verlangte.

Die Frage, ob die Feststellung des Ehebruchs in dem die Berufung zurückweisenden Urteile für die Anwendbarkeit des § 172 genügt, ist zu bejahen. In diesem Sinne spricht sich auch eine Reichsgerichtsentscheidung des IV. Strafsen.

[1]) Über die Frage, wann die Auflösung der Ehe eintritt, wenn die beklagte Partei Berufung gegen das Scheidungsurteil einlegt mit dem Antrage, dass die Ehe auch auf ihre Widerklage getrennt werde, vergl. Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 11. April 1901 (in der juristischen Wochenschrift von 1901 S. 323).

v. 13. Juni 1890 (Entsch. des R. in Strafs. 21 Bd. S. 21 ff.) aus. Sie betont insbesondere, dass die rechtlich massgebenden Gründe, welche zur Aufrechterhaltung des erstinstanziellen Urteils geführt und damit der Ehescheidung ihren definitiven Abschluss gegeben haben, lediglich aus der in Rechtskraft übergangenen Entscheidung des Berufungsgerichtes zu entnehmen seien. Denn tatsächlich und rechtlich werde die Ehescheidung nur aus den vom Berufungsgerichte für entscheidend erachteten Gründen wirksam. Zu diesen Gründen gehörten aber in erster Linie gerade die Feststellungen, in welchen die gesetzlichen Unterlagen der Ehescheidung enthalten sind, also die in dem Scheidungsprozesse ermittelten einzelnen Fälle des Ehebruchs.

Aber die Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs schlechthin genügt nicht; es muss vielmehr weiter der Ehebruch, der bestraft wird, identisch sein mit demjenigen, wegen dessen die Ehe geschieden worden ist. Dies sprechen insbesondere drei Reichsgerichtsentscheidungen zutreffend aus. Im Urteil des I. Strafsen. vom 21. März 1893 (E. 25, 199) heisst es: „Nach § 172 des StGB.'s setzt die Strafbarkeit des Ehebruchs voraus, dass wegen desselben, d. h. wegen derselben ehebrecherischen Handlung, welche den Gegenstand der Strafverfolgung bildet, die Ehe geschieden werde". Im gleichen Sinne äussern sich RG. I Urt. 1. Juni 1882 (E. 6, 334) am Anfang und RG. IV Urt. 13. Mai 1890 (E. 21, 21) am Anfang.

So war auch schon der § 142 des preussischen Strafgesetzbuches zu verstehen. Hier heisst es allerdings zu Missverständnis Anlass gebend: „Der Ehebruch wird, wenn wegen dieses Vergehens die Ehe geschieden ist, . . . bestraft". Wie das gemeint ist, geht aus den Motiven zu § 170 des Entwurfes des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund hervor, indem hier gesagt ist, „der § 170 wiederhole wörtlich die Bestimmung des preussischen Strafgesetzbuches über die Bestrafung des Ehebruchs, der zur Scheidung der Ehe geführt habe.

Im Gegensatz dazu stand das bayerische Strafgesetzbuch von 1861. Es machte zwar auch Art. 218 die Bestrafung des Ehebruchs abhängig von vorgängiger Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs, verlangte aber nicht Scheidung „wegen desselben Ehebruchs, welcher Gegenstand der Strafverfolgung bildet", sondern gestattete das Strafverfahren auch bezüglich eines Ehebruchs, der bei der Scheidungsklage nicht berücksichtigt worden war.

Anders, wie erwähnt, unser Reichsstrafgesetzbuch. Ist ein im Prozesse wegen Scheidung geltend gemachter Ehebruch dem Scheidungsurteile nicht zu Grunde gelegt, so kann er nicht Gegenstand strafrechtlicher Aburteilung sein. Ist z. B. ein Ehebruch während der Ehe begangen, aber erst nach Auflösung der Ehe bekannt geworden, so kann von einer strafrechtlichen Verfolgung keine Rede sein. Der Richter ist in der Schuldfrage scharf an das Ehescheidungsurteil gebunden.

De lege ferenda ist m. E. ernstlich in Erwägung zu ziehen, ob nicht der s. Zt. vom bayerischen Gesetzgeber eingeschlagene Weg der rationellere ist. Denn, wie früher erwähnt, ist die Beschränkung des § 172 von der Rücksichtnahme auf die sittliche Würde und Erhaltung der Ehe diktiert. Ist die Ehe geschieden, so entfallen diese Rücksichten und es ist nicht einzusehen, warum dann nicht auch die andern, nicht direkt geltend gemachten Ehebrüche, verfolgbar sein sollen.

Es reiht sich hier die weitere Frage an, ob die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1575 BGB. der Scheidung im Sinne des § 172 StGB. gleichsteht.

Das bayerische Strafgesetzbuch hatte dies hinsichtlich der Trennung von Tisch und Bett[1]) ausdrücklich bejaht, in-

[1]) Ich will nicht versäumen, hier hervorzuheben, dass ja die Trennung von Tisch und Bett und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in ihrem Wesen verschiedene Institute sind, insofern insbes. letztere die Möglichkeit gibt, jeder Zeit die Lösung des Bandes der Ehe zu verlangen.

dem es in § 218 bestimmte: „Dieser Antrag (auf Bestrafung) kann nur gestellt werden, wenn die Ehe rechtskräftig geschieden oder auf Trennung von Tisch und Bett rechtskräftig erkannt ist".

Auch bei Aufnahme des preussischen Strafgesetzbuches in Oldenburg hielt man daran fest (Oldenb. Ausschussbericht S. 417)[1].

Es wurde früher unter eingehender Erörterung der Gründe dargelegt, dass die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft insoferne der Scheidung der Ehe entgegengesetzt ist, als sie im Gegensatz zu letzterer die Ehe nicht auflöst, sondern sie in ihrer rechtlichen Existenz fortleben lässt. Würde man das „geschieden" des § 172 mit „aufgelöst" identifizieren, so wäre bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Voraussetzung des § 172 nicht gegeben. Davon kann jedoch keine Rede sein. Man vergegenwärtige sich doch nur den oben erörterten Zweck der Beschränkung des § 172! Das Recht will nicht mit rauher Hand in die zarten, und unter den gegebenen Verhältnissen straff gespannten Saiten der hauptsächlich doch unter der Herrschaft des Sittengesetzes stehenden Ehe eingreifen, natürlich aber nur solange nicht, als eine solche Rücksicht geboten erscheint. Diese Rücksicht entfällt, sobald die rechtliche Trennung der Ehegatten herbeigeführt ist. Ob diese Trennung nun Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft heisst, das ist gleichgültig. Es sagt ja auch der § 1586 BGB. ganz klar, dass mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft „die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten". Macht der verletzte Ehegatte von dem ihm zustehenden Antragsrechte Gebrauch, so gibt er damit genugsam zu erkennen, dass er von der durch das Gesetz sehr leicht gemachten Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nichts wissen will. In einem solchen Falle hat und fühlt der Gesetzgeber keinen Beruf, im Interesse der Ehe schützend einzugreifen.

[1] Vgl. dazu die Ausgabe des Oldenb. Strafgesetzb. v Runde.

Diese Ansicht, dass die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach BGB. § 1575 der Ehescheidung im Sinne des § 172 gleichsteht, vertreten auch Binding[1]), Frank[2]), Rüdorff[3]), Reber[4]), Seckel[5]), auch Olshausen[6]).

Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von Oppenhoff[7], von Schwarze[8]), Hälschner[9]), Berner[10]). H. Meyer[11]), Sartorius[12]), T. Olshausen[13]), Oetker a. a. O. S. 9.

Indirekt erheblich und desshalb hier kurz zu streifen, sind die Erlöschungsgründe des Scheidungsanspruches in §§ 1570, 1571. Es erlischt das Recht auf Scheidung zunächst durch Verzeihung, weil — wie die Motive IV 602 angeben — „der verletzte Ehegatte durch den Akt der Verzeihung zu erkennen gibt, dass von seinem subjektiven Standpunkte aus die Ehe durch das Verschulden des andern Teiles nicht zerrüttet worden, oder doch jetzt nicht mehr eine zerrüttete ist, und damit der Grund der Scheidung hinweggefallen ist". Auch wenn die Klage auf Scheidung schon erhoben ist, hat die Verzeihung diese Wirkung (M. IV. 603). Ist das Scheidungsurteil rechtskräftig, so hat eine Verzeihung, die vor dem Urteil erfolgt ist, aber im Prozesse nicht mehr geltend gemacht werden konnte, keine Wirkung (M. IV. 603, 50 ff[14]).

[1]) Lehrbuch I, S. 222.
[2]) Kommentar Note III zu § 172.
[3]) Kommentar Note 5 zu § 172.
[4]) Die Antragsdelikte des Deutschen Strafrechts. S. 204.
[5]) Note 90 auf Seite 373.
[6]) Kommentar Note 7 zu § 172.
[7]) Kommentar Note 12 zu § 172.
[8]) in Holtzendorffs Handbuch III S. 298.
[9]) Gem. d. Strafrecht II S. 471.
[10]) Lehrbuch S. 453.
[11]) Lehrbuch S. 736.
[12]) Personenstandsgesetz 260.
[13]) Archiv für bürgerl. Recht 23, 159.
[14]) Vgl. darüber auch Hellwig, Erlöschung des Scheidungsrechtes in der Revisionsinstanz, d. Jur. Z. 1903 S. 284 ff.

Weiter erlischt das Recht auf Scheidung auch durch Zeitablauf. § 1571 BGB. fixiert eine doppelte Frist, eine sechsmonatige, beginnend mit der Kenntnis des scheidungsberechtigten Ehegatten bezw. dessen gesetzlichen Vertreters (ZPO. § 612) von der das Scheidungsrecht begründenden Tatsache, ferner eine zehnjährige, unabhängig von der Kenntnis, beginnend mit dem Eintritt der Scheidung begründenden Tatsache. Liegt eines dieser Momente vor — Verzeihung oder Zeitablauf — so kann es nicht zur Scheidung, infolgedessen auch nicht zur Bestrafung des Ehebruchs kommen. Hat aber der zivile Richter unter Ignorierung dieser Tatsachen trotzdem die Ehe geschieden, so kommen sie für den Strafrichter nicht weiter in Betracht, für letzteren genügt die einfache Tatsache der Ehescheidung, ganz gleichgültig, ob mit Recht oder Unrecht geschieden ist.

Ebenso ist die Stellung des Strafrichters, wenn der eine Gatte dem Ehebruch des andern zustimmt oder sich der Teilnahme schuldig macht, und dadurch das Recht des Ehegatten auf Scheidung gemäss § 1563 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen ist.

Das Ehescheidungsurteil ist von präjudizieller Bedeutung für das Strafverfahren und zwar von so genau begrenzter, dass es den ausschliesslichen Umfang der Strafklage abgibt. Gegen das Zivilurteil kann der Angeklagte nicht etwa dadurch reagieren, dass er dessen Unhaltbarkeit, vielleicht auch durch Vorbringen neuer Momente im Strafverfahren darzulegen sucht. Dem Strafrichter genügt zunächst die Tatsache der Scheidung, ganz gleich ob sie zu Recht oder Unrecht erfolgt ist.

Damit ist aber nicht gesagt, dass der Strafrichter jetzt die Norm des § 172 gewissermassen automatisch anzuwenden hätte. Er darf nur nicht nachprüfen, ob die zivilrechtliche Entscheidung richtig ist; dagegen hat er unabhängig von dem Urteil nach der Regel freier richterlicher Beweiswürdigung den zur Entscheidung stehenden Fall auf sämtliche Tatbestandsmerkmale zu untersuchen. Er hat sich vor allem zu fragen, ob denn eine verletzbare, d. h. m. E. eine gültige bezw.

anfechtbare Ehe vorgelegen hat. Er ist völlig ungebunden in der tatsächlichen wie rechtlichen Würdigung etwaiger Strafausschliessungsgründe. Mit einem Worte, die Beweiserhebung ist eine unbeschränkte, und sie muss es auch sein. Vollständig inkorrekt und unzulässig wäre es, wollte der Strafrichter sich mit dem Hinweis auf den Beweis im Ehescheidungsprozesse begnügen. Den Richter können nach Umständen ganz andere Tatsachen zu der Überzeugung von dem Vorliegen des Ehebruchs führen, als es bei dem zivilen Richter der Fall war. So insbesondere auch RG. I 1. Juni 1882 E 6, 334, II 21. Juni 1889 Goltdammer Archiv für Strafrecht 37, 292. Auch RG. II 28. Dez. 1886 E. 15, 122, welches dann weiter ausführt, wenn der geschlechtliche Verkehr „ohne Beschränkung auf spezielle Akte der Beischlafsvollziehung als Ehebruch beurteilt" worden sei, sei es nicht erforderlich, dass die einzelnen Akte der geschlechtlichen Vereinigung, aus welchen beiderseits der Ehebruch hergeleitet sei, identisch seien.

Ergibt sich aus den Verhandlungen im Zivilprozesse, mit welcher Person der Ehebruch begangen worden ist, so ist diese Person gemäss § 624 ZPO. in dem Scheidungsurteile festzustellen. Jedoch ist für die Führung des Beweises keineswegs die genaue Feststellung der Person, mit welcher die Ehe gebrochen wurde, erforderlich, ebensowenig der Nachweis von Ort und Zeit; natürlich muss feststehen, dass der Ehebruch während des Bestehens der Ehe erfolgte (Urt. d. Reichsg. v. 21. April 1902 d. Jur. Z. 1903 S. 180.)

Wenn bei einem Doppelehebruch, der dann vorliegt, wenn jeder der beiden Täter in einer verletzbaren Ehe lebt, auch nur die Scheidung einer der beiden Ehen erfolgt ist, so ist nach § 172 BGB. die Bestrafung eines jeden zulässig; denn derjenige, dessen Ehe nicht geschieden wurde, ist gegenüber dem anderen Mitschuldiger. Ist die Scheidung nur von einem Ehegatten bzl. seiner Ehe verlangt und erlangt worden, so kann der verletzte Gatte, dessen Ehe nicht geschieden wurde, nicht mit Wirksamkeit einen Strafantrag stellen; denn

auch hier spielen die schon mehr erwähnten Rücksichten auf die Erhaltung wenigstens der zweiten Ehe mit herein.

II. Ist nun die zweite bürgerlichrechtliche Voraussetzung des Ehebruchs d. i. die Scheidung der Ehe wegen desselben nicht gegeben, so ist eine Bestrafung aus § 172 StGB. nicht möglich. Stirbt der verletzte Ehegatte, so ist damit § 172 ausgeschlossen. Ein illustrierendes Beispiel erwähnt Liszt S. 395 seines Lehrbuches: der Ehebrecher tötet den verletzten Ehegatten im Zweikampf, und sichert sich damit die Straflosigkeit wegen Ehebruchs.

Zu eigenartigen Verhältnissen führt dieses zweite Erfordernis besonders auch dann, wenn ein Gatte schuldloser Teilnehmer am Ehebruch geworden ist. Wenn ein unverheirateter Mann eine verheiratete Frau zum Beischlaf nötigt und sich damit des Verbrechens nach § 177 RStGB. schuldig macht, oder bei ihr durch arglistische Täuschung den Beischlaf erschleicht (§ 179 RStGB), so kann wegen der Unschuld der Frau die Ehe nicht geschieden werden und infolgedessen eine Bestrafung des Ehebruchs nicht eintreten. Binding[1]) vertritt die Ansicht, gegen solche Ehebrecher sei der Strafantrag trotz Fortdauer der Ehe statthaft; denn auf diese Fälle habe das Gesetz das Erfordernis nicht gemünzt, wie aus der Fassung „an dem schuldigen Ehegatten sowie dessen Mitschuldigen" klar erhelle. Diese Ansicht wird in Theorie und Praxis nicht geteilt. Ihr tritt Oetker[2]) mit der Begründung entgegen, in diesen Fällen sei durch Verhängung der Strafen der §§ 177, 179 StGB. dem Strafbedürfnisse genügt. Für diese beiden Fälle ist der Ansicht Oetker's unbedingt beizutreten. Man vergegenwärtige sich aber noch folgende Eventualität:

Ein Dritter sucht eine Ehefrau zu bewegen, sich ihm geschlechtlich hinzugeben. Zu diesem Behufe spiegelt er ihr in überzeugender Weise vor, er habe in Erfahrung gebracht,

[1]) Lehrbuch I S. 223.

[2]) Beilage S. 8.

dass bei Abschluss der Ehe vor dem Standesbeamten durch dessen Versehen eine wesentliche Formvorschrift verletzt worden und damit die geschlossene Ehe nichtig sei. Ehebruch setze aber tatbestandlich eine giltige Ehe voraus, infolgedessen könne sie sich im gegebenen Falle nicht strafbar machen. Die Frau, die, wie leicht erklärlich, bei dem Akte vor dem Standesbeamten sich in grosser Aufregung befand, und sich auf die Details nicht mehr mit untrüglicher Genauigkeit entsinnen kann, schenkt dem Schwindler Glauben und gestattet ihm den Beischlaf. Es ist nun kein Zweifel, dass der Ehebruch nur dann Scheidungsgrund nach 1565 BGB. ist, wenn der strafrechtliche Begriff des Ehebruchs erfüllt ist (P. IV, 400). Infolgedessen spielen hier auch die Strafausschliessungsgründe der §§ 51 mit 59 RStGB., soweit denkbar, herein. Nach § 59 StGB. ist in unserem Falle, da ein Tatirrtum auf Seiten der Frau vorliegt, die Scheidung der Ehe nicht statthaft. Durch seine trügerische Handlungsweise hat sich der Ehebrecher Straflosigkeit gesichert.

Wenn somit hier eine entschiedene Lücke des Gesetzes konstatiert werden muss, so steht doch anderseits fest, dass die Ansicht Bindings, es könne hier trotz Fortdauer der Ehe bestraft werden, des gesetzlichen Haltes entbehrt. De lege ferenda freilich wäre eine diesbezügliche Bestimmung schon geboten.

2. Kapitel.

Die bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen der Bigamie.

§ 6.

Geschichte, Begriff und Wesen der Bigamie.

1. Geschichte.

Für die Stellung der Bigamie im römischen Strafrechte sind l. 1. i. f. l. 13. D. de bisqui not. inf. 3, 2, l 2 c. de inc. nupt. 5, 5 massgebend. Danach wurde über den Mann, der zu gleicher Zeit zwei Frauen hatte, sowie auch über die Frau, die zu gleicher Zeit zwei Männer heiratete (binas nuptias in eodem tempore constitutas habere, duas simul habere uxores) die Infamie verhängt. Die Infamie aber war nicht Strafe im Rechtssinne. Lag jedoch in den erwähnten Handlungen zugleich ein adulterium, incest oder stuprum, so trat aus diesem Gesichtspunkte heraus Bestrafung ein. Die Bestrafung wegen adulterium konnte jedoch nur gegenüber der Frau statthaben, da, wie früher dargelegt, nur sie sich begrifflich des Ehebruchs schuldig machen konnte; daneben wurde natürlich auch der temerator alienorum nuptiarum bestraft. Ein Ehemann, der sich eines bigamischen Beischlafes mit einer Unverheirateten

schuldig machte, wurde ebenso wie die dolos handelnde Konkombine mit der Strafe des stuprum belegt[1]).

Wie im römischen Rechte so finden wir auch im deutschen Rechte zunächst kein begrifflich ausgebildetes Delikt der Bigamie; sie ist vielmehr nur als Ehebruch oder Entführung strafbar[2]). Auch hier konnte Ehebruch nur die Frau begehen. Als eigenes Delikt wird die Bigamie erst in späteren Quellen erwähnt. So insbesondere in verschiedenen Stadtrechten[3]). Die Bambergensis in Art. 146 und der erste Entwurf der Carolina vom Jahre 1521 sehen in der Bigamie eine Verletzung der ehelichen Treue, ohne dass sie einen Ehebruch im Rechtssinne verlangten. Die Carolina vom Jahre 1532 erklärt dagegen in Art. 121, dass die Bigamie auch eyn ehebruch und grösser dann dasselbig ist, woraus gefolgert wurde, dass zu vollendeter Bigamie vollendeter Ehebruch gefordert werden muss. Die Strafe war die volle Ehebruchsstrafe und hatte statt sowohl gegen den schuldigen Gatten, Mann oder Frau, als auch gegen die dritte Person, die einen Ehegatten in Kenntnis der bestehenden Ehe geheiratet hat. Auch die sächsischen Konstitutionen (IV, 20) forderten für Vollendung der Bigamie Ehebruch. Lag letzterer nicht vor, so trat geringere Strafe ein. Sowohl Mann als Frau konnten sich des Deliktes schuldig machen. Die Strafe war der Tod durch das Schwert. Während die naturrechtliche Lehre sie nur als Vertragsverletzung in Verbindung mit dem Missbrauch „einer zweckmässigen öffentlichen Feierlichkeit" betrachtet, trat das gemeine und das Partikularrecht mit scharfen Strafen gegen dieses Verbrechen auf.

Von hervorragender Wichtigkeit ist das preussische allgemeine Landrecht, insoferne es zur Vollendung der Bigamie nicht mehr Ehebruch verlangte, sondern es genügen liess,

[1]) vgl. Wächter Abhandlungen I S. 151.

[2]) siehe Frauenstädt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 10, 234.

[3]) vgl. Liszt Lehrbuch S. 392.

wenn eine neue Ehe beim Bestehen der früheren eingegangen wurde. Es lauten die einschlägigen Paragraphen:

§ 1066. Wer vor Trennung einer Ehe wissentlich und vorsätzlich eine andere vollzieht, soll mit ein- bis zweijähriger Zuchthausstrafe belegt werden.

§ 1067. Auch wer selbst noch unverheiratet ist, aber wissentlich eine bereits verehelichte Person heiratet, hat eine sechsmonatige bis einjährige Zuchthausstrafe verwirkt.

§ 1068. Wer sich fälschlich für unverheiratet ausgibt und dadurch einen Anderen zu einer solchen nichtigen Ehe verleitet, soll mit dreijähriger Zuchthausstrafe belegt werden.

Das sächsische Strafgesetzbuch von 1838 bestrafte schon wegen Bigamie, wenn die erste Ehe in gesetzlicher Form eingegangen und noch nicht durch die zuständige Behörde für nichtig oder getrennt erklärt worden war. Nun ist zum ersten Mal der Tatbestand der Bigamie so gegeben, wie er sich in unserem Reichsstrafgesetzbuch findet. Dem sächsischen Strafgesetzbuch sind gefolgt das Braunschweiger Kriminalgesetzbuch von 1840 in § 187, das Strafgesetzbuch für die Thüringische Staaten von 1849 in Artikel 209 ff, die sächsischen Strafgesetzbücher von 1855 und 1868 Art. 268, das preussische Strafgesetzbuch von 1851, das Hamburger Kriminalgesetzbuch von 1869. Im Gegensatz dazu verlangten eine fortdauernde giltige Ehe die Gesetzbücher von Bayern 1813 Art. 297, (1861 Art. 219, Württemberg 1839 Art. 304, Baden 1845 1851) in § 354. Vielfach findet sich in diesen Gesetzen die Bestimmung, dass dann, wenn der Ehegatte durch absichtliches Verschweigen seines Verheiratetseins eine dritte Person zur ehelichen Verbindung mit sich verleitet, dies als straferhöhend in Betracht gezogen werden muss.

2. Begriff und Wesen.

Die Strafbestimmung über die Bigamie enthält der § 171 unseres Reichsstrafgesetzbuches.

„Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, ingleichen eine unverheiratete Person, welche mit einem Ehegatten, wissend, dass er verheiratet ist, eine Ehe eingeht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Tage, an welchem eine der beiden Ehen aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist".

Somit ist die Bigamie begrifflich „die Schliessung einer Ehe von einem oder mit einem Ehegatten, bevor die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist" [1]).

Als das der Bigamie Wesentliche erscheint nach der Auffassung des Strafgesetzbuches der Missbrauch der staatlichen Form der Eheschliessung [2]).

Vorausgesetzt wird eine wenigstens formell bestehende Ehe. Vollendet wird das Verbrechen durch Eingehung einer neuen Ehe beim Bestehen der alten.

Der Bigamie kann sich nicht nur eine bereits verheiratete Person schuldig machen, sondern auch eine unverheiratete, weibliche oder männliche Person, wenn sie bei Eingehung der Ehe weiss, dass der andere in formell gültiger Ehe sich befindet.

Dass für den Ehegatten der Zusatz fehlt, „wissend, dass er verheiratet ist", bedeutet nicht, dass für ihn das Bewusstsein nicht erforderlich sei. Dieses Bewusstsein wird vielmehr bei ihm vorausgesetzt, präsumiert, das Aufhören dieses Bewusstseins muss bewiesen werden. Der unverheirateten Person dagegen muss nachgewiesen werden, dass sie von dem Bestande der Ehe Kenntnis gehabt habe, jedoch genügt dolus eventualis. Durch die Stellung im Gesetze ist damit nur die Beweislast charakterisiert.

---

[1]) Liszt, Lehrbuch S. 392.

[2]) darüber später.

Ist im Auslande die Polygamie gestattet, so kann gemäss § 4 RStGB. ein Inländer wegen der im Ausland begangenen Doppelehe nicht bestraft werden. Geht ein Ausländer, dessen Heimat die Polygamie gestattet, bei uns mehrere Ehen ein, so ist er natürlich strafbar. Anders verhält es sich, wenn er in seiner Heimat in Polygamie lebte und nun bei uns eine Ehe eingeht, darüber jedoch später.

Vollendet ist die Bigamie mit Abschluss der zweiten Ehe. Eheliches Zusammenleben, insbesondere Geschlechtsverkehr ist nicht erforderlich.

Da Bigamie ein Verbrechen, ist der Versuch strafbar. Er beginnt erst, wenn mit dem Akte der Eheschliessung selbst der Anfang gemacht ist. Verlöbnis, Bewirken des Aufgebots, Ersuchen des Standesbeamten um Vornahme der Eheschliessung nach dem bewirkten Aufgebote sind straflose Vorbereitungshandlungen.

§ 7.

Eine formell bestehende Ehe, erste bürgerlichrechtliche Voraussetzung.

A) Erheblich genauer als über die Voraussetzungen des Ehebruchs hat sich das Reichsstrafgesetzbuch in § 171 über die Voraussetzungen der Bigamie ausgedrückt. Insbesondere klar hat es die erforderliche Beschaffenheit der ersten Ehe umschrieben. Das Gesetz musste dies auch tun, wenn es zur Geltung bringen wollte, was es tatsächlich zum Ausdruck gebracht hat. Ich bin mit Binding[1]) der Ansicht, dass „das Wesen der Doppelehe ihrem Grundgedanken nach in der vorsätzlich rechtswidrigen Abschliessung einer zweiten, also ungültigen, bei Fortdauer der ersten gültigen Ehe“ zu bestehen habe. Diesem Grundgedanken ist jedoch das Strafgesetzbuch nicht gefolgt. Es verlangt lediglich eine formell bestehende Ehe. Vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches

[1]) Lehrb. I 224.

lautete die diesbezügliche Fassung in § 171 Abs. 1 und 3 „aufgelöst, für ungültig oder nichtig erklärt worden ist.“ An Stelle dessen trat aber durch Art. 34 V EG. z. BGB. die Fassung: „aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist.“ Diese Änderung befindet sich bereits in den Entwürfen des EG. z. BGB. nach der Bundesratsvorlage Art. 8 V und der Reichstagsvorlage Art. 33 V; der Entwurf I hatte sie noch nicht. Angelehnt ist die jetzige Fassung des § 171 StGB. an den Absatz I, Satz 1 des § 1309 BGB.: „Niemand darf eine Ehe eingehen, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist“.

Damit ist das Gerippe für die erforderliche Beschaffenheit der ersten Ehe gegeben.

1. Die Ehe darf zunächst nicht aufgelöst sein[1]).

Ohne weiteres ist klar, dass durch den Tod eines Ehegatten die Ehe aufgelöst wird. Der Mensch ist ein Rechtssubjekt, der Tod beendet seine Rechtsfähigkeit, und damit auch seine familienrechtlichen Verhältnisse. Das Gesetz hat die auflösende Wirkung des Todes auf die Ehe nicht besonders hervorgehoben, weil sich das von selbst versteht. Die Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, äussern sich darüber folgendermassen[2]): „Den in verschiedenen Gesetzgebungen ausdrücklich ausgesprochenen Satz, dass die Ehe durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird (vergl. preuss. allg. Landrecht II 1 § 434, goth. Ehegesetz § 70, altenb. Eheordnung § 163, sächs. GB. § 1707, code civil Art. 227), hat der Entwurf nicht aufgenommen, weil jener Satz im Hinblick auf die zweifellos höchst persönliche Natur der Ehe sich von selbst versteht, und zudem aus andern Bestimmungen sich ergibt, in welchen die Auflösung der Ehe durch den Tod erwähnt wird (vergl. §§ 1382, 1383, 1440 Abs. 1)[3]).

[1]) Siehe Mugdan, die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S III.

[2]) Motive S. 640 f.

[3]) Pharagraphen des ersten Entwurfes.

Will ein Ehegatte nach dem Tode des andern Ehegatten eine neue Ehe schliessen, so muss er den erfolgten Tod dem Standesbeamten nachweisen (§ 1234[1]). Personenstandsgesetz v. 6. Februar 1895 § 45). Stellt sich später heraus, dass der frühere Ehegatte zur Zeit der Schliessung der neuen Ehe noch am Leben war, so ist die letztere nichtig, auch wenn die Ehegatten der neuen Ehe im Vertrauen auf die Richtigkeit der über den Tod des früheren Ehegatten ausgestellten Sterbeurkunde die neue Ehe geschlossen haben (§ 1250 Nr. 3)[2]). Nach den Bestimmungen des Entwurfs wird die neue Ehe auch nicht gültig, wenn die frühere Ehe inzwischen durch den Tod des andern Ehegatten aufgelöst wird.

Der Beweis des Todes wird im modernen Rechte leicht zu erbringen sein, da das Reichsrecht die Eintragung der Todesfälle in öffentliche Bücher gebietet[3]). Aber auch in folgendem Falle müsste Straflosigkeit eintreten: Ein Mann in hohem Alter entschliesst sich an seinem Lebensabend noch einmal zu heiraten. Seine Wahl fällt auf ein blutjunges Mädchen, das vielleicht erst kurz ehemündig geworden ist. Nach einiger Zeit verschwindet der Mann, ohne dass je eine Kunde mehr von ihm vernommen wird. Es vergehen viele Jahrzehnte, die bereits ergraute Frau entschliesst sich, wieder zu heiraten. Der ohnehin s. Zt. gebrechliche Mann müsste nun in einem Alter stehen, wie es erfahrungsgemäss und nach physiologischer Lehre nicht erreicht wird. Fände überhaupt eine Strafverfolgung statt, so würde der Richter nach der Regel freier Beweiswürdigung die Angeklagte freisprechen.

Es fragt sich weiter, ob dann, wenn der eine Ehegatte durch richterliches Urteil für tot erklärt worden ist, der andere durch Eingehung einer neuen Ehe sich der Bigamie schuldig machen kann. Dies hängt wieder von der Frage ab, welche rechtliche Wirkung die Todeserklärung auf den Bestand der Ehe hat. Die Frage hat schon bei der Abhand-

[1]) und [2]) Paragraphen des ersten Entwurfes.

[3]) Vergl. Personenstandsgesetz v. 6. Februar 1875 § 15, Abs. 1, 2.

lung über die Voraussetzungen des Ehebruchs ihre Beantwortung dahin gefunden, dass durch die Todeserklärung die Ehe nicht aufgelöst wird. Der Todeserklärung dieselbe lösende Kraft wie dem Tode selbst zuzusprechen, dazu hat das bürgerliche Gesetzbuch nicht die Hand gereicht. Es wollte, um mit Gierke zu sprechen, den Verschollenen nicht „zivilistisch hinrichten". Es wurde oben auch ausgeführt, dass die Präsumtion des bürgerlichen Rechtes ihre Wirkungen nicht auch auf das Strafrecht erstrecken kann. Wird nicht auf andere Weise die Sicherheit über den Tod des andern erbracht, so muss eine Verurteilung nach § 171 eintreten. Selbstverständlich würde sich auch der Verschollene durch eine event. Wiederheirat der Bigamie schuldig machen.

Zu interessantem Ergebnis führt es, wenn ein Ehegatte nach erfolgter Todeserklärung seines Ehegenossen gemäss § 1348 BGB. eine neue Ehe eingeht, einer von den neuen Gatten aber positive Kenntnis davon hat, dass der Verschollene noch am Leben ist. Nach § 1348 Abs. 2 Satz 1 wird in diesem Falle durch die neue Eheschliessung die alte Ehe aufgelöst, die neue Ehe ist eine vollgültige. Trotzdem aber ist der Gatte, der vom Weiterleben des Verschollenen gewusst hat, aus § 171 StGB. strafbar, da im Falle des § 1348 erst mit der Schliessung der neuen Ehe die alte aufgelöst wird, § 171 StGB. aber schon die Eingehung einer Ehe, „bevor die frühere aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist", bestraft. Hat aber seinerseits der Verschollene, jetzt, nachdem die alte Ehe durch Heirat des Zurückgebliebenen gelöst ist, eine neue Ehe geschlossen, so ist er nicht strafbar [1]).

Ist der Ehemann einer Frau, die wenigstens bis zu ihrer Verheiratung Deutsche gewesen ist, gemäss Art. 9 Abs. 3 EG. z. BGB. für tot erklärt, so kann die Frau eine nach § 1348 BGB. gültige Ehe schliessen. Die Frau kann sich

[1]) Vgl. darüber insbesondere Rehbein, d. J. Zeitung 1897 S. 197 ff, Rehbein, Kommentar Bd. 1 S. 11 ff., Staudinger. Kommentar Bd. IV. (Engelmann) S. 106.

durch Abschluss der neuen Ehe selbst dann keiner Bigamie schuldig machen, wenn der Ehemann Ausländer war und nach dem Rechte seines Heimatstaates, die Eingehung einer neuen Ehe vor dem nachgewiesenen tatsächlichen Tode mit der Wirkung verboten ist, dass die neue Ehe ungültig ist. Denn gemäss Art. 13 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 EG. z. BGB. wird die neue Ehe selbst dann, wenn die Ehefrau z. Zt. der Eingehung der neuerlichen Ehe keine Deutsche mehr ist, nach deutschen Gesetzen beurteilt. Selbstverständlich dabei Nichtkenntnis vom ev. Weiterleben vorausgesetzt.

2. Eine Auflösung der Ehe findet ferner statt durch Scheidung. Das Scheidungsrecht ist jetzt geregelt im 7. Titel des vierten Buches des BGB., und zwar unter Ausschluss des Landesrechtes; nur in Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern, der Mitglieder des vormalig Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormalig Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses finden die Vorschriften des BGB. nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Art. 57 EG. z. BGB.

In den §§ 1565 bis 1569 sind die Scheidungsgründe erschöpfend aufgezählt. Dass die Scheidung die Ehe auflöst und in welchem Zeitpunkte die Auflösung eintritt, folgt aus § 1564 Satz 3: „Die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft[1]) des (Scheidungs-)Urteiles ein". Ist durch Urteil die Ehe für geschieden erklärt, und geht ein Ehegatte, ohne abzuwarten, bis das Urteil die Rechtskraft beschritten hat, eine neue Ehe ein, so muss er wegen Bigamie bestraft werden.

Die Frage ist nun, ob ein Gatte nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch Eingehung einer neuen Ehe sich der Bigamie schuldig machen kann. Das hängt eben wieder von der Vorfrage ab, ob die Aufhebung der ehelichen Gemein-

[1]) Der Eintritt der Rechtskraft bestimmt sich nach § 705 ZPO.

schaft die Ehe auflöst. Darüber wurde schon bei der Abhandlung über den Ehebruch an gegebener Stelle ausführlich gesprochen; und zwar mit dem durch schwer wiegende Gründe gestützten Resultate, dass eine Auflösung der Ehe nicht stattfindet. An dieser Stelle ist der § 1586 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB. noch einmal ins Auge zu fassen, nach welchem nach aufgehobener ehelicher Gemeinschaft für beide Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe ausgeschlossen ist. Seckel a. a. O. selbst gibt zu, dass eine gegen den § 1586 Abs. 1 Halbs. 2 geschlossene Ehe den § 1309 BGB. verletzt, nach § 1326 BGB. nichtig ist, und den Tatbestand der Bigamie begründet. Hier ganz besonders zeigt sich die Unhaltbarkeit der Seckelschen Ansicht. Wenn Seckel annimmt, dass durch das erwähnte Institut die Ehe aufgelöst wird, so kann weder von einer Verletzung des § 1309 BGB., noch von einer Nichtigkeit nach 1326 BGB., noch von einem Verbrechen der Bigamie nach § 171 StGB. gesprochen werden, da in diesen Fällen eine noch nicht gelöste Ehe vorausgesetzt wird. Dass das Fortbestehen eines „Teil- oder Restbandes" trotz aufgelöster Ehe an der strengen Wesenseinheit und Unteilbarkeit des staatlichen Institutes der Ehe scheidet, hat bereits früher Erwähnung gefunden.

Bigamie ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf Antrag eines Ehegatten in Scheidung umgewandelt worden ist, § 1576 BGB. Ebenso verhält es sich, wenn vor dem Inkrafttreten des Reichspersonenstandsgesetzes vom 6. II. 1875 auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkannt worden, und nun auf Grund des ergangenen Urteils die Auflösung des Bandes der Ehe ausgesprochen wird (§ 77 Abs. 2 des zitierten Gesetzes). Eine solche Umwandlung ist natürlich gar nicht nötig, wenn die Urteile, die auf beständige Trennung von Tisch und Bett lauteten, durch Landesrecht in ihrer Wirkung einer Scheidung dem Bande nach gleichgestellt waren[1]).

[1]) Vgl. darüber von Sicherer, Personenstand und Eheschliessung in Deutschland S. 478.

Wie steht es nun, wenn ein ausländisches Gericht durch Urteil die Scheidung ausspricht, mit der Wirksamkeit gegenüber dem deutschen Rechte? Unter welchen Voraussetzungen ein solches Urteil bei uns Wirkung hat, bestimmt die Zivilprozessordnung. Einem solchen Urteile ist insbesondere dann die Anerkennung versagt, „wenn die Gerichte des Staates, dem das ausländische Gericht angehört, nach den deutschen Gesetzen nicht zuständig sind" (§ 328 Abs. 1 Nr. 1). Bei dieser Nachprüfung handelt es sich nicht um die sachliche Zuständigkeit des ausländischen Gerichts. Eine Adäquierung an unsere Kompetenzeinteilung zu verlangen, wäre bei den auf der Hand liegenden, insbesondere bei der Zuständigkeitslehre sich ergebenden Misslichkeiten ein Nonsens, und schliesslich hat es ja für unser inländisches Recht absolut kein Interesse, unsere inländische Kompetenzverteilung auch im Auslande gewahrt zu sehen [1]). Dass es sich vielmehr um örtliche Zuständigkeit handelt, dass aber hiebei auch der Richter die für den Gerichtsstand massgebenden tatsächlichen Verhältnisse zu prüfen hat, ergibt sich aus den Motiven zu Entwurf III S. 401 f., und aus den Verhandlungen der Justizkommission des Reichstags (K. Pr. S. 344 und 469). Hat der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand zwar bei einem deutschen Gerichte, sind aber beide Ehegatten Ausländer, und ist das inländische Gericht nach den Gesetzen des Staates, welchem der Ehemann angehört nicht zuständig, so kann trotz der ausschliesslichen Zuständigkeit des Gerichtes nach § 606 Abs. 1 ZPO. dem ausländischen Urteile die Wirksamkeit nicht versagt werden, und wie die neu eingegangene Ehe gültig ist, so ist auch die Möglichkeit der Bigamie ausgeschlossen. Dies folgt aus Abs. 4 des § 606 ZPO. der bestimmt, dass dann, wenn beide Ehegatten Ausländer sind, die Ehescheidungsklage im Inlande nur erhoben werden kann, wenn das inländische Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört.

[1]) Vgl. darüber auch v. Bar, Theorie und Praxis II S. 467.

Hervorzuheben ist noch Nr. 3 des Abs. 1 von § 328, wonach insbesondere auch dann die Anerkennung des ausländischen Urteiles versagt wird, wenn in dem Urteile zum Nachteil einer deutschen Partei von den Bestimmungen des § 17 EG. z. BGB. abgewichen ist. Der wichtigste Fall dabei ist der, dass nach Art. 17 a. a. O. eine Anwendung der deutschen Gesetze hätte stattfinden müssen, in der Tat aber die Ehe eines Deutschen auf Grund ausländischen Rechtes geschieden wurde. Ist im Ausland eine Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen worden, so ist zu prüfen, ob diese die Ehe auflöst oder nicht.

Dass nach bürgerlichem Gesetzbuch eine Trennung von Tisch und Bett nicht mehr stattfindet, bedarf keiner weiteren Erwähnung. Es fragt sich nur noch, ob nicht vielleicht auf Grund ausländischen Rechtes vom deutschen Gerichte auf Trennung von Tisch und Bett erkannt werden kann. Der hier massgebende Art. 17 Abs. 4 EG. z. BGB. bestimmt: „Auf Scheidung sowie auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inland nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde". Da hier im Gegensatz zum Entwurfe II[1]) von beständiger oder zeitweiliger Trennung von Tisch und Bett keine Rede mehr ist, und da auch die Vorschriften der ZPO. über die Ehesachen nur auf Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sich beziehen, ist zu folgern, dass ein deutsches Gericht auf Trennung von Tisch und Bett nicht mehr erkennen kann[2]). Somit scheidet dieser Punkt für die Bestrafung der Bigamie aus.

II. Das Gesetz nimmt aber auch dann Bigamie als gegeben an, wenn die erste Ehe noch nicht für nichtig erklärt

[1]) Siehe Mugdan, die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch I. Bd. S. XLVII.

[2]) Vgl. Satorius, Kommentar zum PStG., insbesondere die dort aufgeführte Literatur.

worden ist, und dokumentiert damit, dass auch die nur formell bestehende Ehe, die mit zweifellosen Nichtigkeitsgründen behaftet den Todeskeim in sich trägt, als Voraussetzung genügt. So auch Binding[1]), Hälschner[2]), Liszt[3]), H. Meyer[4]), Olshausen[5]), Rüdorff—Stenglein[6]).

Prima facie lässt sich erkennen, dass die den Formvorschriften des § 1317 BGB. zuwider geschlossene Ehe nie den Tatbestand der Bigamie erfüllen kann. Sie erzeugt als matrimonium non existens keine rechtliche Bindung.

Die Entstehungsgeschichte der jetzigen Fassung ist eingangs erwähnt. Der Hauptnachdruck liegt in dem Worte „erklärt", womit eben zum Ausdruck gebracht ist, dass die Nichtigkeit in materiellem Sinne die Annahme der Bigamie nicht ausschliesst.

Die Nichtigkeitserklärung einer Ehe kann nun stattfinden auf Grund einer Nichtigkeitsklage durch Urteil (§ 1329 BGB.). Dieses Urteil ist deklaratorisch d. h. es erklärt, dass die Nichtigkeit der Ehe von Anfang an bestanden hat. Gleichwohl ist aber, wie schon erwähnt, trotz später erklärter Nichtigkeit die Eingehung einer neuen Ehe als Bigamie zu beurteilen, wenn die Eingehung vor dem Nichtigkeitsurteil oder selbst nach dem Urteil, aber vor dessen Rechtskraft stattgefunden hat.

Die Nichtigkeitserklärung kann aber auch statthaben auf Grund einer Anfechtungsklage (§§ 1341, 1343 BGB. Auch hier wirkt das Urteil deklaratorisch dahin, dass die Ehe als von Anfang an nichtig angesehen wird, und auch hier erfüllt die Abschliessung einer neuen Ehe vor der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteiles den Tatbestand des § 171 StGB.

---

[1]) Lehrbuch § 59.
[2]) Das gemeine deutsche Strafrecht II S. 475.
[3]) Lehrbuch S. 394.
[4]) Lehrbuch S. 737.
[5]) Kommentar zu 171 Note 3a.
[6]) Kommentar Nr. 1 zu 171.

Die Nichtigkeitsgründe sind in den §§ 1324 bis 1328 des BGB. jetzt aufgezählt. Es sind das: Formwidrigkeit der Eheschliessung (§ 1324), Geschäftsunfähigkeit eines der Nupturienten (§ 1325), Bestehen einer gültigen Ehe (§ 1326), Verwandtschaft und Schwägerschaft zwischen den Nupturienten (§ 1327), Heirat des wegen Ehebruch geschiedenen Ehegatten mit dem Ehebrecher bezw. der Ehebrecherin (§ 1328).

Die den Formvorschriften des § 1317 BGB. zuwider geschlossene und damit absolut nichtige Ehe wird durch Eintragung in das Heiratsregister und unter den weiteren Voraussetzungen des § 1324 Abs. 2 BGB. gültig. Der Heiratsregistereintrag an sich allein verwandelt bereits die zunächst absolut nichtige Ehe in eine relativ nichtige. Damit bedarf sie der Nichtigkeitserklärung, und vor deren Rechtskraft stellt sich — da nun einmal der § 171 StGB. verlangt, dass jede für nichtig zu erklärende Ehe für nichtig erklärt werden muss — die Eingehung einer neuen Ehe als Bigamie dar. Das ist auch die herrschende Ansicht. Oetker[1]) bemerkt noch hinzu: „der Registereintrag beweist aber vorbehaltlich der Nichtigkeitsklage die ordnungsmässige Vornahme der Eheschliessung". Dieser im Gesetze einen starken, nicht unterminierbaren Halt findenden Ansicht tritt Binding[2]) entgegen, indem er behauptet, strafrechtlich sei diese Verbindung als gültige Ehe erst nach dem Ablauf der in § 1324 Abs. 2 fixierten Frist zu betrachten; der Abschluss einer zweiten Ehe vor diesem Ablaufe stelle keine Bigamie dar. Eine solche Nichtehe (absolut nichtige) auf Grund eines ganz zufälligen Umstandes als taugliche Grundlage einer Bigamie zu betrachten, führe strafrechtlich zum unerträglichsten Formalismus.

Die Anfechtungsgründe sind in §§ 1331 bis 1335, sowie § 1350 aufgezählt. Es sind dies: Mangelnde Einwilligung

[1]) a a. Orte S. 13.

[2]) Lehrbuch I S. 225 Note 2.

des gesetzlichen Vertreters, wenn der Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränk istt (§ 1331), Irrtum (§ 1332, 1333), arglistische Täuschung eines Ehegatten (§ 1334), Drohung (§ 1335), Rückkehr des für tot erklärten früheren Ehegatten (§ 1350).

Kritisch ist hiezu zu bemerken, dass der Schutz einer anfechtbaren Ehe durch § 171 StGB. von rechtspostulierenden Standpunkte aus schon eher zu billigen ist. Im Gegensatz zur nichtigen Ehe befindet sich die anfechtbare Ehe in einem solchen krankhaften Zustand, der rasch und leicht geheilt werden kann, und an desssn Heilung schliesslich auch der Staat ein Interesse hat. Im Strafrecht muss eine solche Ehe schon als eine gültige betrachtet werden. Dieser Standpunkt wurde ja bei der Abhandlung über den Ehebruch an gegebener Stelle vertreten.

Bezüglich der Anerkennung eines die Nichtigkeit aussprechenden ausländischen Urteiles entscheidet der oben erwähnte § 328 ZPO.

Erwähnt sei noch Abs. 2 des § 1309 BGB. Er bestimmt: „Wird gegen ein Urteil, durch das die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage erhoben, so dürfen die Ehegatten nicht vor der Erledigung des Rechtsstreites eine neue Ehe eingehen, es sei denn, dass die Klage erst nach Ablauf der vorgeschriebenen fünfjährigen Frist erhoben wird". Dieses Ehehindernis hat, wie Engelmann[1]) gegenüber Ubbelohde[2]) hervorhebt, lediglich aufschiebenden Charakter. Wird infolge der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage das frühere Urteil aufgehoben, so verliert es seine Wirkung, die neue Ehe gilt als von Anfang an nichtig[3]), Verletzung des § 1309 Abs. 2 BGB. charakterisiert sich nun als Bigamie in straf-

[1]) Note 6 zu § 1309 BGB.
[2]) In Ihering's Handbuch Bd. 39 S. 110.
[3]) Protokolle VI 268.

rechtlichem Sinn. Wir haben hier den Fall eines bedingten Verbrechens [1]).

B) Über das Verhältnis der im Auslande abgeschlossenen Ehe gegenüber unserem inländischen Rechte entscheidet der Art. 13 EG. z. BGB. Hier ist bestimmt, dass bie Eingehung einer Ehe, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates, dem er angehört, beurteilt wird. Offen gelassen ist damit die Frage, wie es sich verhält, wenn beide Ehegatten Ausländer sind und die Ehe im Auslande abgeschlossen ist. Im Entwurf I und II war die Regel ganz generell ausgesprochen, dass die Ehe nach den Gesetzen des Staates, dem jeder Verlobte angehört, beurteilt wird. Man wird aber mit Plank [2]) annehmen müssen, dass der Abs. 1 des Art. 13 a. a. O. auch in seiner jetzigen Fassung die Ansicht zulässt, dass ganz allgemein für die Eingehung der Ehe die Gesetze des Staates, welchem der eine Eheschliessende angehört, als auch die Gesetze des Staates, dem der andere Eheschliessende angehört, massgebend sind, dass somit Ausländerehe im Ausland nach ausländischem Recht zu beurteilen ist.

Für die Form der von Bundesangehörigen im Auslande abgeschlossenen Ehen ist das Gesetz vom 4. Mai 1870 (RGBl. S. 599) massgebend. Die Form ist hier jetzt nach der durch Art. 40 EG. z. BGB. beliebten Fassung dem bürgerlichen Gesetzbuch entsprechend geregelt. Gemäss Art. 36 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit (vom 7. April 1900) gilt dieses Gesetz auch in den Konsulargerichtsbezirken [3]). Die Erfordernisse und Hindernisse der Eheschliessung, die Gültig-

[1]) Vgl. Oetker Beilage S. 15.

[2]) Vgl. Plank EG. z. BGB. Note 1 zu Art. 13.

[3]) Nach § 1 des KGG. wird die Konsulargerichtsbarkeit in den Ländern ausgeübt, in denen ihre Ausübung durch Herkommen oder Staatsverträge gestattet ist. So in China, Japan, Siam, Persien, den Samoa-Inseln, Rumänien, Serbien, und der Türkei, in beschränktem Masse auch in Ägypten und Bulgarien.

keit, die Wirkungen und die Scheidung der Ehe sowie das Verfahren in Ehesachen bestimmt sich gemäss § 19 cit. Gesetzes nach BGB. bezw. ZPO [1]).

In solchen Ländern jedoch, in denen deutsche Konsulargerichte nicht bestehen, können Deutsche, selbst wenn sie die Möglichkeit hätten, die Ehe vor einem deutschen Konsul, der keine Gerichtsbarkeit besitzt, abzuschliessen, eine Ehe nach den dort massgebenden Gesetzen eingehen. Insoferne ist immer noch die Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 27 S. 101 von Wichtigkeit.

Analog den Verhältnissen in den Konsulargerichtsbezirken sind die Verhältnisse in den deutschen Schutzgebieten geordnet gemäss dem Schutzgebietsgesetz nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 10. September 1900. (RGBl. Seite 813—817) [2]).

2. Von Interesse ist auch die Frage, ob ein in seiner Heimat in Polygamie lebender Muselmann durch Eingehung einer neuen Ehe in Deutschland sich der Bigamie schuldig machen kann.

Die Frage wird insbesondere bejaht von Hälschner [3]), Frank [4]), Oppenhoff-Del. [5]), Rubo [6]). Anderer Ansicht

---

[1]) Nur ist an Stelle des Amtsgerichtes der Konsul, an Stelle des Landgerichtes das aus dem Konsul und 2 Beisitzern bestehende Konsulargericht (§§ 7—10), und für die Berufung gegen die Urteile desselben das Reichsgericht (§§ 14, 45) zuständig. Vgl. weiter §§ 15 und 42 dieses Gesetzes.

[2]) Nur tritt hier an die Stelle des Konsuls der von dem Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit sowie zur Eheschliessung ermächtigte Beamte und an die Stelle des Konsulargerichts das Gericht für die Schutzgebiete (§§ 2 und 7). Vgl. ferner § 8 der kaiserlichen Verordnung vom 9. November 1900 (RGBl. S. 1005).

[3]) d. gem. d. Str. 2, 477.

[4]) Kommentar N. 2 zu § 171.

[5]) Kommentar N. 1 zu § 171.

[6]) Kommentar N. 2 zu § 171.

ist Villnow[1]). Wenn es im Gesetze heisse: „Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe etc.“, so sei unter dem Ehegatten ein in Monogamie lebender Ehegatte zu verstehen. „Da das Wesen der Bigamie nicht in dem Missbrauch der Form, sondern in der Verletzung der für das monogamische Verhältnis als solches erforderlichen Sittlichkeit liegt, so ist es für den Tatbestand gleichgültig ob die erste Ehe bei uns eingegangen wurde oder im Ausland: Wesentlich ist nur, dass sie eine Monogamie nach unseren Begriffen ist“.

Ich stehe nicht an, die Ansicht Villnows im Resultate zu teilen, wenngleich ich, wie unten dargelegt werden wird, im Missbrauch der Eheschliessungsform das Wesen der Bigamie erblicke. Denn von einem Missbrauch der Eheschliessungsform kann doch nur gesprochen werden, wenn bereits eine Ehe — gleichgültig, ob vollgültig oder mit Mängel behaftet — besteht, die wir nach unseren rechtlichen und kulturellen Anschauungen als Ehe betrachten können. Darum gipfelt die Frage darin, ob wir die muselmännische Vielehe als Ehe in unserem Sinne ansehen. Das können wir nicht. Ich will nicht weiter davon sprechen, dass z. B. in der Türkei nach dem hanefitischen Gesetze Minderjährige beiderlei Geschlechts von ihren Vätern hezw. Vormündern verheiratet werden können, dass die geisteskranke Witwe oder geschiedene Frau von ihrem Sohne verheiratet werden kann, dass der Mann sich mit einer Sklavin verheiraten kann, vielmehr lege ich den Schwerpunkt darauf, dass darin, dass der Mann mehrere Frauen haben kann, kurz in dem Wesen der Polygamie, die Unmöglichkeit liegt, dieses Institut als Ehe in unserem Sinne zu betrachten. Es kann daher ein in Polygamie lebender Muselmann ebensowenig durch deutsche Heirat eine Bigamie begehen, wie dies eine in Konkubinat oder nur kirchlicher Ehe lebende Person durch Eingehung einer neuen Ehe tun kann.

---

[1]) Gerichtssaal Bd. 30 S. 124.

8.

Die Eingehung einer neuen Ehe.

Der Tatbestand des § 171 RStGB. erfordert neben dem Bestehen einer wenigstens formellgültigen Ehe auf Seiten des binubus weiter „die Eingehung einer Ehe".

Wie diese zweite Ehe beschaffen sein muss, kann man nur dann beantworten, wenn man sich darüber klar ist, was in der Bigamie bestraft wird. Das wird aus Folgendem erhellen.

Wenn eine Ehe unter Verletzung des § 1309 BGB. eingegangen worden ist, so ist sie damit noch nicht ungültig. Sie ist vielmehr erst dann ungültig, wenn die erste Ehe vollgültig ist; die anfechtbare Ehe genügt jedoch dazu nicht. Dies folgt aus § 1326 BGB., der bestimmt: „Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Gatten zur Zeit der Eheschliessung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebte". Es kann somit der Fall eintreten, dass trotz fortbestehender erster, aber nichtiger oder anfechtbarer Ehe die zweite Ehe in vollem Umfang gültig ist und nun wegen Bigamie Strafe eintreten muss. Wenn so das Gesetz der neuen Ehe ihre volle Kraft verleiht, so kann von einem Schutze der alten Ehe keine Rede sein. Das wäre ein unüberbrückbarer Widerspruch. Es muss vielmehr ein anderer Grund vorhanden sein, warum der Staat hier strafend einschreitet, und das ist der Missbrauch der Eheschliessungsform. Diese Ansicht wird als die herrschende zu betrachten sein. Hälschner[1]) bemerkt hiezu: „Nach derjenigen Auffassung der Doppelehe, von welcher das Gesetz (in § 171) ausgeht, erscheint als das Wesentliche derselben der rechtswidrige Missbrauch, welcher mit der Form der Eingehung der Ehe getrieben wird" und ferner: „Gerade dadurch, dass das Gesetz auch unter der Voraussetzung einer nichtigen Ehe die Eingehung einer weiteren Ehe als Bigamie für strafbar erklärt, gibt es zu erkennen, dass es lediglich und allein den hier mit der rechtlichen Form der Eheschliessung getriebenen Missbrauch als strafbar be-

[1]) Gem. deutsch. Strafrecht II, 2 S. 477.

trachtet". Auch Finger[1]) sagt: „Das Verbrechen ist vollendet mit dem Missbrauch der Eheschliessungsform", und Oetker[2]): „Es liegt der Doppelehe stets ein Missbrauch der Eheschliessungsform, nicht notwendig eine Verletzung gültiger Ehe zu Grunde". Die Ansicht Schwarze's[3]), dass das Gesetzbuch die mehrfache Ehe als ein mit Missbrauch der Eheform konkurrierende Verletzuug der ehelichen Treue beurteile, ist deshalb unrichtig, weil dann, wenn die erste Ehe nichtig ist, von einer Verletzung der ehelichen Treue nicht mehr gesprochen werden kann.

Steht fest, dass das Wesen der Bigamie in dem Missbrauch der Eheschliessungsform besteht, so steht auch fest, dass für den Tatbestand der Bigamie die Beobachtung der für die Eingehung der Ehe vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten verlangt werden muss.

Nachdem durch Verordnung vom 25. November 1899 das Personenstandsgesetz auch in Helgoland eingeführt worden ist, bestimmt sich die Form der im Inland geschlossenen Ehe ausschliesslich nach deutschen Gesetzen Art. 13 Abs. 3 EG. z. BGB. Das gilt nicht nur für die inländischen Ehen von Deutschen, sondern auch zwischen Deutschen und Ausländern, und zwischen Ausländern. Das Personalstatut für inländische Ehen von Ausländern ist damit aufgehoben. Auf Grund besonderer Staatsverträge ist es möglich, dass Eheabschlüsse, die von ausländischen Konsuln nach ihren Heimatgesetzen in Deutschland vorgenommen werden, im deutschen Reiche als gültig erachtet werden.[4])

[1]) Kompendien des österreich. Rechtes: Das Strafrecht, 2. Bd. S. 338.

[2]) A. a. O. S. 13.

[3]) Note 1 zu § 171.

[4]) Siehe Note 4 zu Art. 13 EG. z. BGB. in der Handausgabe von Fischer-Henle. Danach sind zu vergleichen die Verträge mit Serbien vom 6. Jan. 1883 Art. 10 (RGBl. 66), Italien vom 4. Mai 1891 Art. 1 (RGBl. 113), Japan vom 4. April 1896, Costa Rica vom 18. Mai 1875 Art. 9 (RGBl. 77 [13]), Südafrikanische Republik vom 22. Jan. 1885 Art. 16 (RGBl. 86 [220]), Paraguay vom 21. Juli 1887 Art. 2 (RGBl. 88 [187]).

Die für die Eingehung der Ehe vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten sind in § 1317 BGB. erschöpfend enthalten. Danach ist erforderlich, dass die Verlobten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit gegenüber dem zur Entgegennahme der Erklärung bereiten Standesbeamten ohne Bedingung der Zeitbestimmung erklären, dass sie einander heiraten wollen. Sind diese Förmlichkeiten erfüllt, so ist die zweite bürgerlichrechtliche Voraussetzung der Bigamie gegeben, oder negativ ausgedrückt, es genügt auch die Eingehung einer relativ nichtigen oder anfechtbaren Ehe. Diese Ansicht ist ernstlich nicht umstritten und wird überall vertreten, gleichviel ob man das Wesen der Bigamie im Missbrauch der Eheschliessungsform erblickt oder nicht.

Sind die Förmlichkeiten des § 1317 nicht beachtet, so kann durch die Eingehung dieser absolut nichtigen Ehe der Tatbestand des § 171 StGB. nicht erfüllt werden. Daran ändert auch nichts, dass die Ehe zufällig ins Heiratsregister eingetragen worden ist. Das Verhältnis ist hier ganz anders wie bei der ersten Ehe. Dort ist verlangt, dass eine Ehe, die der Nichtigkeitserklärung bedarf, auch für nichtig erklärt werde, falls nicht Bestrafung wegen Bigamie eintreten soll. Hier aber ist der Gesichtspunkt des Missbrauchs der staatlichen Eheschliessungsform massgebend. Sind hierbei Fehler unterlaufen, hat eine Beobachtung der Form nicht stattgefunden, so kann auch von einem Missbrauch derselben nicht gesprochen werden. Dass die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden ist, kann daran nichts ändern. Anderer Ansicht ist insbes. Olshausen[1]), der bemerkt, dass in diesem Falle die Ehe nicht ohne weiteres nichtig sei und durch sie der Tatbestand der Bigamie erfüllt werden kann.

Absolut betrachtet straft § 171 auch dann, wenn dieselben Ehegatten der früheren Ehe wieder unter sich eine neue Ehe schliessen. Hier greift aber der Satz 2 des Abs. 1

[1]) Zu § 171 Note 4 b, *a*.

§ 1309 BGB. ein, der bestimmt, dass dann, wenn Ehegatten die Eheschliessung wiederholen wollen, eine vorgängige Nichtigkeitserklärung nicht erforderlich ist. Neben den Motiven [1]) charakterisiert die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches [2]), letztere in kurzer, markanter Weise, die ratio legis dahin, diese Bestimmung habe insbesondere für solche Fälle Bedeutung, in denen die frühere Eheschliessung wegen eines Formmangels nichtig sei; zugleich aber ermögliche sie es den Ehegatten, „die Gültigkeit ihrer Ehe für die Zukunft zu sichern, wenn zwar die Nichtigkeit der früheren Eheschliessung nicht feststeht, aber berechtigte Zweifel hinsichtlich der Gültigkeit obwalten". Hält man fest im Auge, dass der Bigamie ein Missbrauch der Eheschliessungsform zu Grunde liegt, so muss man m. E. zu der Ansicht kommen, dass dann aber Bigamie angenommen werden muss, wenn beide oder auch nur ein Ehegatte positiv wissen, dass die alte Ehe vollgültig besteht, und trotzdem unter sich eine neue Ehe schliessen.

Hinsichtlich der Landesherrn und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der denselben gleichgestellten Familien (vergl. insbes. auch Gesetz betr. die Rechtsstellung des H. Holsteinschen Fürstenhauses vom 25. März 1905) entscheidet der § 57 EG. z. BGB. Nach ihm sind primär die Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze, erst sekundär die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches massgebend. Damit sind erstere Gesetze nicht nur imstande, die unwesentlichen Förmlichkeiten auszuschliessen, sie können vielmehr auch die wesentlichen Förmlichkeiten, somit hauptsächlich die Abschliessung der Ehe vor dem Standesbeamten beiseite setzen [3]). Gleichwohl ist anzunehmen,

[1]) P. IV, 60 ff.

[2]) S. 250, 2. Aufl. Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1896.

[3]) Vergl. Sartorius Kommentar zum Personenstandsgesetz S. 436. Plank, EG. z. BGB. S. 58, wo insbes. über das Verhältnis des § 72 RStG. z. EG. z. BGB. ausführlich gesprochen ist.

dass eine unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegebene Eheerklärung, auch wenn es sich um diese privilegierten Familien handelt, eine rechtlich zu beachtende Ehe nicht erzeugt. Eine Bedingung oder Befristung widerspräche dem ureigensten Wesen der Ehe. Durch Eingehung einer solchen Ehe könnte der Tatbestand der Bigamie nicht erfüllt werden.

Über die Ehen deutscher Militärpersonen, die ihr Standquartier nach eingetretener Mobilmachung verlassen haben vergl. § 71 PStG. und die auf Grund desselben erlassene Verordnung vom 20. Januar 1879 (insbes. § 8) betr. die Übertragung der Verrichtungen der Standesbeamten.

Strafrechtliche Literatur.

Bennecke, Strafrechtl. Lehre vom Ehebruch in hist. dogm. Entwicklung. 1. Abt. 1884.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Daude, Der Ehebruch. Göttinger Diss. 1895.

Frank, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 3./4. Aufl. Leipzig 1903.

Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 2. Hälfte. München 1885.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn. 1. Bd. 1881, 2. Bd. 1884. Ferner Gerichtssaal 22. Bd. S. 424 und 441.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. 3. Bd. Die Lehre von den Verbrechensarten. Berlin 1874.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. u. 13. Aufl. Berlin 1903.

Mainzer, Die Ehe im deutschen Reichsstrafrecht. 1894.

Metz, Die Strafbarkeit des Ehebruchs nach Reichsstrafrecht. Würzburger Dissert. 1900.

Meyer, H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Leipzig 1895.

Meyer, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 2. Ausg. Berlin 1871.

Oetker, Beilage zur Vorlesung über Strafrecht. Spez. Teil. Würzburg.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 2. Bd. 7. Aufl. Berlin 1905.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 14. Aufl. Herausgegeben von Hans Delius. Berlin 1901.

Reber, Die Antragsdelikte des deutschen Strafrechts. München 1873.

Rosenthal, Die Rechtsfolgen des Ehebruchs nach kanonischem und deutschem Recht.

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1879.

Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Kommentar. 4. Aufl. von Stenglein. Berlin 1892.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches. Leipzig 1871.
v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das deutsche Reich. 4. Aufl. Leipzig 1879.
Stange, Beiträge zur Lehre von der Bigamie. Göttinger Dissert. 1893.
Villnow, im Gerichtssaal. Bd. 30.
v. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrecht. Bd. 1.
v. Weikhmann, Die Vielehe deutscher Reichsangehöriger in den muhammedanischen Staaten. Greifswalder Dissert. 1895.

Bürgerlichrechtliche Literatur.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einf.-Ges. 4. Aufl. Berlin 1903.
v. Bar, Theorie und Praxis des internation. Privatrechts. Hannover 1889.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Jena 1904.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens. 4. Bd. Deutsches Familienrecht. Halle a. S. 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Berlin 1905.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, historisch und dogm. dargestellt. 3. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht. 2. Bd. 2. Aufl. Marburg 1901.
Fischer-Henle, Bürgerlich. Gesetzbuch, Handausgabe. 6. Aufl. München 1904.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einf.-Ges. Lief. 1/2. Familienrecht. Erläutert von Unsner. Berlin 1904.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1899.
Sartorius, Kommentar zum Personenstandsgesetz. München 1902.
v. Sicherer, Personenstand und Eheschliessung in Deutschland. Erlangen 1879.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einf. Ges. 4. Bd. Familienrecht. Erläutert von Dr. Engelmann. 2. Aufl. München 1905. (Hier ist die in das Thema einschlagende, weitere bürgerlichrechtliche Literatur aufgeführt.)